

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCELA SARAIVA RODRIGUES PEREIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Florianópolis - SC

2014

MARCELA SARAIVA RODRIGUES PEREIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Profª. Renata Raupp Gomes

Florianópolis – SC


2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

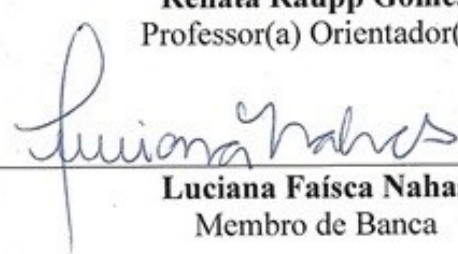
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Responsabilidade Civil em casos de Alienação Parental**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Marcela Saraiva Rodrigues Pereira**, defendido em **11/12/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

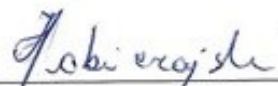
Florianópolis, 11 de Dezembro de 2014



Renata Raupp Gomes
Professor(a) Orientador(a)



Luciana Faísca Nahas
Membro de Banca



Heloísa Maria Sobierajski
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Não haveria como este trabalho de conclusão de curso ter sido realizado sem a contribuição de algumas pessoas a quem neste espaço deixo meus agradecimentos.

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Maria Luiza e Guilherme, que sempre me proporcionaram a melhor educação possível e fomentam em mim, todos os dias, a ambição de crescer intelectualmente.

Aos meus irmãos, por toda a alegria que cotidianamente compartilham comigo, especialmente no período de desenvolvimento deste estudo, e por todo o companheirismo essencial em minha vida.

Às demais pessoas da minha família, principalmente a minha avó Leda, por todo o apoio que sempre me deram.

Ao meu namorado, Felipe, pela compreensão, pela paciência e pelas palavras de incentivo durante toda a construção deste trabalho e todos os outros dias.

Às minhas amigas do curso de Direito, que se tornaram amigas da vida, Raquel, Fernanda, Débora, Vitória e Ágata, por deixarem esses cinco anos muito mais divertidos e por me auxiliarem do início ao fim da minha graduação em todos os sentidos.

Às minhas onze amigas de sempre, que, próximas ou distantes, torcem por mim e vibram com as minhas vitórias como se fossem delas.

A todos os outros amigos que, de alguma forma, colaboraram com este trabalho.

Aos meus colegas de estágio, por toda a ajuda ao longo deste ano.

Às professoras que tornaram possível a realização deste estudo e participam da minha banca examinadora, Professora Renata, Professora Luciana e Professora Heloísa.

RESUMO

A presente monografia procura demonstrar a possibilidade de imputar ao genitor que pratica a alienação parental o dever de indenizar as vítimas dessa conduta, que são o outro genitor e o filho do casal, uma vez que ambos sofrem danos morais e, às vezes, o genitor alienado, materiais. Esses danos ocorrem em razão da prática da alienação parental destruir a convivência familiar sadia entre o filho e o genitor alienado e, conseqüentemente, romper a relação afetiva paterno-filial, restando lesionada uma série de direitos de personalidade das vítimas. Para que fosse possível chegar a essa conclusão, o trabalho iniciou-se com o estudo do Direito de Família brasileiro, dando enfoque: à constitucionalização do Direito de Família; aos princípios constitucionais que norteiam esse campo do Direito; ao conceito de poder familiar e aos deveres decorrentes desse poder; e às questões que envolvem a regulamentação da guarda do filho no caso de separação do casal genitor. Em sequência, fez-se necessário discorrer acerca da responsabilidade civil, apontando os pressupostos do instituto, os quais devem ser preenchidos para que ocorra a obrigação de indenizar. Descritos os pressupostos, o presente estudo passou a discutir acerca da aplicação da responsabilidade civil na seara familiar. Por derradeiro, para que se tratasse da responsabilidade civil aplicada nos casos de alienação parental, descreveu-se, primeiramente, o processo de alienação parental e as conseqüências acarretadas por tal prática, bem como se analisou a Lei 12.318/2010, que normatizou a conduta de alienação parental e os meios judiciais disponíveis para combatê-la, sendo a responsabilidade civil rapidamente mencionada em um dos seus dispositivos. A partir disso, criou-se a base para que se pudesse defender a necessidade de obrigar o genitor alienante a indenizar o filho e o genitor alienado pelos danos a eles causados, servindo a aplicação da responsabilidade civil em casos de alienação parental como um método jurídico, que é preventivo e pedagógico, de combate a essa terrível conduta.

Palavras-chave: Direito de Família – Princípios Constitucionais – Poder Familiar – Guarda – Convivência Familiar – Responsabilidade Civil – Alienação Parental – Danos Morais – Danos Materiais

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. A FAMÍLIA E O DIREITO.....	12
2.1. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	12
2.1.1. Princípios norteadores do direito de família com base na constituição federal.....	13
2.1.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana.....	14
2.1.1.2. Princípio da solidariedade social e familiar.....	17
2.1.1.3. Princípio da igualdade e o respeito à diferença.....	18
2.1.1.4. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e a doutrina da proteção integral.....	20
2.1.1.5. Princípio da afetividade.....	22
2.1.1.6. Princípio da convivência familiar.....	23
2.2. O PODER (DEVER) FAMILIAR.....	24
2.2.1. Titulares do poder familiar.....	26
2.2.1.1. Titularidade do poder familiar de pais separados.....	27
2.2.2. Direitos e deveres no exercício do poder familiar.....	28
2.2.2.1. Responsabilidade afetiva decorrente do poder familiar.....	30
2.2.3. Suspensão, perda e extinção do poder familiar.....	31
2.3. GUARDA E PROTEÇÃO À PESSOA DOS FILHOS.....	32
2.3.1. Espécies de guarda.....	33
2.3.1.1. Guarda compartilhada.....	34
2.3.1.2. Guarda unilateral.....	35
2.3.2. Direito de fiscalização.....	37
2.3.3. Direito de visitas.....	38
3. A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DIREITO DE FAMÍLIA.....	40
3.1. CONCEITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	40
3.2. FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	40
3.3. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	40
3.4. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA.....	41
3.4.1. Conduta culposa do agente.....	42

3.4.1.1. Ação ou omissão.....	43
3.4.1.2. Imputabilidade.....	44
3.4.1.3. Culpa lato sensu.....	44
3.4.1.3.1. <i>Elementos do dolo</i>	46
3.4.1.3.2. <i>Elementos da culpa em sentido estrito</i>	46
3.4.2. Nexo de causalidade.....	48
3.4.2.1. Excludentes do nexo de causalidade.....	49
3.4.2.1.1. <i>Fato exclusivo da vítima</i>	50
3.4.2.1.2. <i>Fato de terceiro</i>	50
3.4.2.1.3. <i>Caso fortuito ou força maior</i>	50
3.4.3. Dano.....	51
3.4.3.1. Dano patrimonial ou material.....	52
3.4.3.2. Dano moral.....	53
3.4.3.2.1. <i>A prova do dano moral</i>	54
3.4.3.2.2. <i>Quantificação e arbitramento do dano moral</i>	55
3.4.3.2.3. <i>Natureza jurídica da reparação por dano moral</i>	56
3.4.3.2.4. <i>Incapazes como vítimas do dano moral</i>	58
3.5. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E O ABUSO DE DIREITO.....	59
3.5.1. Teorias sobre o abuso de direito.....	60
3.5.2. O abuso de direito.....	60
3.6. RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	62
4. A ALIENAÇÃO PARENTAL E A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	67
4.1. IDENTIFICANDO A ALIENAÇÃO PARENTAL E A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL.....	67
4.1.1. O processo de alienação parental.....	69
4.1.1.1. As denúncias falsas de abuso sexual no processo de alienação.....	70
4.1.1.2. Fases da prática de alienação parental.....	72
4.1.2. O agente alienador.....	73
4.1.3. Detectando a síndrome de alienação parental no filho.....	75
4.1.4. Consequências e danos decorrentes da alienação parental.....	77

4.2. BREVE ANÁLISE DA LEI 12.318/2010.....	81
4.3. RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL.....	90
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	102
REFERÊNCIAS.....	109

1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ampliou-se a intervenção estatal nas relações privadas a fim de melhor proteger os cidadãos e seus direitos fundamentais, ocorrendo, dessa forma, a constitucionalização do Direito Civil. Assim, a intervenção do Estado acabou alcançando a família, considerada o núcleo da sociedade, para que os direitos fundamentais inerentes aos membros de uma entidade familiar fossem constitucionalmente protegidos.

Desse modo, o Direito de Família, incorporado na Constituição, absorveu importantes princípios constitucionais os quais passaram a servir de norte para todas as normas que regulam as relações familiares, sendo alguns dos principais princípios os seguintes: da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade, da afetividade, da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente. O respeito a esses princípios no Direito de Família foi fundamental para que os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebessem prioridade sobre os interesses patrimoniais.

No mais, a constitucionalização do Direito de Família trouxe importantes mudanças no que tange às concepções de poder familiar e de guarda. O antigo pátrio-poder exercido pela figura do patriarca passou a ser um poder familiar exercido de maneira igualitária por genitor e por genitora, configurando-se em um encargo imposto por lei aos pais a fim de assegurar os direitos fundamentais de seus filhos. Nessa linha, a regulamentação da guarda também passou a ser determinada de modo a preservar o melhor interesse da criança e do adolescente, que procura garantir o direito à convivência familiar, não sendo mais um direito de escolha dos genitores separados.

Na outra ponta, o instituto da responsabilidade civil também vem ganhando novas dimensões a fim de se reparar de forma mais justa as pessoas que sofreram danos causados por condutas ilícitas alheias. No decorrer das últimas décadas, a responsabilidade civil, além de impor o dever de indenizar ao sujeito que causou um dano patrimonial a outrem, passou a reconhecer o dano moral, ensejando a reparação dos danos derivados das violações dos direitos fundamentais de personalidade do ofendido. O reconhecimento do dano moral, inclusive, já é previsto na Constituição Federal. Logo, também na Responsabilidade Civil pode-se verificar a valorização da pessoa.

Além disso, no tocante ao preenchimento dos pressupostos da obrigação de indenizar, o instituto da responsabilidade civil deixou de exigir que a conduta causadora do dano fosse culposa em determinados casos para que pessoas passassem a ter o direito de serem indenizadas por danos causados por condutas que, apesar de contrárias ao direito, não eram eivadas de culpa.

Atualmente, a maior discussão em torno da responsabilidade civil diz respeito à aplicabilidade nas relações familiares. Embora não seja ainda unânime no Judiciário a possibilidade de indenização dentro do contexto familiar, o número de ações de responsabilidade civil propostas entre membros da mesma família, devido a danos que um causou ao outro, estão crescendo. Gradualmente, vem surgindo as decisões judiciais que reconhecem a responsabilidade civil no âmbito familiar, impondo o dever de indenização entre familiares. Defende-se que, em que pese o vínculo familiar, não se pode continuar a permitir que pessoas sofram violações a seus direitos fundamentais de personalidade e, conseqüentemente, danos morais, dentro de suas famílias, tampouco que os ofensores não sejam civilmente responsabilizados.

Logo, questiona-se se a aplicação do instituto da responsabilidade civil, em casos de alienação parental, também seria possível, caso preenchidos os requisitos da obrigação de indenizar.

A alienação parental é um problema antigo e frequente nos núcleos familiares, consistindo em uma série de condutas realizadas pelo genitor que não superou o fim de seu relacionamento conjugal e, assim, busca, como forma de vingança, destruir a relação afetiva de seu filho com o outro genitor, por meio de uma campanha de destruição da imagem deste genitor.

Há muito tempo já são vistos casos de alienação parental no cotidiano forense, especialmente nas ações que discutem a separação do casal e a regulamentação da guarda, podendo, porém, haver ações autônomas que procuram coibir a continuidade de tal prática.

Com o advento da Lei 12.318/2010, a Lei da Alienação Parental, o tema ganhou maior atenção da sociedade e, conseqüentemente, fez-se ainda mais necessário que os juristas discutam sobre a prática da alienação parental e suas conseqüências, as quais, conforme restará demonstrado, são sempre negativas e nefastas, tanto para o genitor alvo da alienação quanto para o filho, que ficam privados de manter um convívio sadio entre si.

Posto isso, pode-se dizer que o objetivo do presente trabalho consiste em confirmar a hipótese provisória de que a prática da alienação parental configura uma conduta

ilícita que acarreta em severos danos às vítimas alienadas, devendo ser imposta ao genitor alienador a obrigação de indenizar os ofendidos, ou seja, o filho e o genitor alienado, servindo a aplicação da responsabilidade civil no caso como um meio de combate à alienação parental.

Para que seja alcançada essa conclusão, este trabalho precisará abordar minuciosamente as questões brevemente tratadas concernentes ao Direito de Família e à Responsabilidade Civil, para que, em sequência, possa se discutir acerca da aplicação do instituto da responsabilidade civil na seara familiar, e, em especial, a sua aplicação nos casos de alienação parental, devendo também, portanto, examinar a prática da alienação parental e todos os seus nuances.

O método científico utilizado para a construção deste estudo será o dedutivo, uma vez que, a partir da premissa de que a responsabilidade civil alcança as relações familiares e a alienação parental causa irreversíveis danos às vítimas alienadas, sendo as medidas previstas em lei nem sempre eficientes para coibir a conduta, visa-se deduzir que a aplicação da responsabilidade civil é possível em casos de alienação parental, devendo genitor e filho alienados serem indenizados, bem como sendo a aplicação do instituto um método preventivo e pedagógico de combate à alienação parental.

As técnicas de pesquisa da monografia serão a bibliográfica e a documental, utilizando-se de fontes como o ordenamento jurídico constitucional e civil, a doutrina e a jurisprudência. Os métodos de procedimento adotados serão o descritivo, visto que serão expostas considerações já feitas acerca do tema nas bibliografias estudadas, e o argumentativo, tendo em vista que, a partir do exposto, construir-se-á uma resposta fundamentada para o questionamento levantado.

Por fim, quanto à estrutura do trabalho, esse será dividido em três capítulos, os quais esclarecerão os apontamentos ora feitos.

O primeiro capítulo abordará sobre o Direito de Família brasileiro. Primeiramente, discorrer-se-á acerca da constitucionalização do Direito de Família, apontando importantes princípios constitucionais que norteiam esse ramo do Direito. Em seguida, focar-se-á na discussão do conceito de poder familiar e dos deveres dos pais decorrentes desse poder. Por fim, o capítulo trará o tema da guarda e da proteção aos filhos quando ocorre a separação do casal genitor, distinguindo a guarda compartilhada da guarda unilateral, bem como indicando os

direitos inerentes ao genitor guardião e ao genitor não guardião quando determinado o segundo tipo de guarda.

Por sua vez, o segundo capítulo versará sobre o instituto da responsabilidade civil, tratando dos pressupostos exigidos para que haja sua aplicação, tanto no caso de responsabilidade civil subjetiva quanto no caso de responsabilidade civil objetiva. Nesse segundo tipo de responsabilidade, será destacado o abuso de direito. Posteriormente, dar-se-á enfoque na aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família, analisando-se brevemente as discussões atuais sobre o tema.

Por derradeiro, o terceiro capítulo discorrerá, primeiro, sobre a alienação parental, identificando sua prática e apontando as consequências e danos decorrentes. Após, far-se-á uma análise da Lei 12.318/2010, a Lei de Alienação Parental, a qual introduziu na legislação nacional o tema, explicando de forma objetiva seus dispositivos que preveem mecanismos jurídicos de combate à alienação parental. Para encerrar o capítulo, será abordada, finalmente, a responsabilidade civil em casos de alienação parental, demonstrando como os requisitos da responsabilidade civil são preenchidos nesse específico caso, bem como resolvendo as questões que envolvem o dever de reparar o filho alienado e o genitor alienado pelos danos sofridos, os quais foram causados pelo genitor alienador.

2. A FAMÍLIA E O DIREITO

Ao longo do tempo, a família sofreu grandes mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção.

Antigamente, a família possuía um papel puramente econômico. Voltada para o patrimônio, a entidade familiar exigia um grande número de integrantes, sobretudo filhos, sob o comando de um patriarca, para a produção de riqueza. Além disso, influenciada pela Igreja, a família também tinha uma função procracional, visando à continuidade da linhagem para fins de sucessão de bens (LÔBO, 2011, p. 17-20).

A família contemporânea, baseada na solidariedade, na cooperação e na comunhão dos interesses de vida, consiste em um sistema no qual seus elementos encontram-se em total interação e interdependência. Isso significa que tudo que ocorre com um membro do núcleo familiar afeta aos demais (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 18).

Desse modo, consoante denota Paulo Lôbo (2011, p. 22), a família, ao se transformar em “espaço de realização da afetividade humana”, passou a se enquadrar no fenômeno jurídico-social conhecido como “repersonalização das relações civis”, cujo objetivo é a maior valorização do interesse da pessoa humana em detrimento do interesse em suas relações patrimoniais.

Ante o exposto, o Direito de Família deve permanecer em constante transformação a fim de proteger e se adaptar à realidade das famílias.

2.1. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

No século XX, após o advento do Estado Social, o qual defende a intervenção estatal em setores da vida privada a fim de proteger o cidadão, grande parte do Direito Civil passou a ser encontrado na Constituição, “que acabou enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade” (DIAS, 2011, p. 36).

A constitucionalização do Direito Civil, segundo Gama (2003, p. 106), afastou a concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista das codificações de boa parte do século passado. Desse modo, explicam Tartuce e Simão (2011, p. 33) que o “Direito Civil

Constitucional pode ser encarado como um novo caminho metodológico que procura analisar os institutos de Direito Privado, tendo como ponto de origem a Constituição Federal de 1988”.

Logo, com a intervenção estatal nas relações de direito privado, o intervencionismo também alcançou a família, ocorrendo a constitucionalização do Direito de Família, que ampliou a tutela do Estado no âmbito familiar com o intuito de garantir maior proteção à família, considerada a base da sociedade (LÔBO, 2011, p. 34-35). Atualmente, “qualquer norma jurídica de direito das famílias exige a presença de fundamento de validade constitucional” (DIAS, 2011, p. 36).

Defende Lôbo (2011, p. 33) que o “modelo igualitário da família constitucionalizada contemporânea se contrapõe ao modelo autoritário do Código Civil anterior”. De acordo com o autor, “o consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiraram o marco regulatório estampado nos arts. 226 a 230 da Constituição de 1988”.

As transformações promovidas pela Constituição “na concepção, na natureza e nas atribuições das relações familiares e, conseqüentemente no direito de família, puseram o Brasil na dianteira da refundação dos novos institutos jurídicos, pelo trabalho criativo da doutrina civilista” (LÔBO, 2011, p. 36), como se verá ao longo deste capítulo.

2.1.1. Princípios norteadores do direito de família com base na constituição federal

Com a promulgação da Constituição de 1988, um novo modo de enxergar o direito surgiu em virtude da “identificação dos direitos humanos como valor fundante da pessoa humana, a ensejar o conseqüente alargamento da esfera dos direitos merecedores de tutela” (DIAS, 2011, p. 57). Os princípios constitucionais explícitos e implícitos passaram a ter força normativa, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional atribuía-lhes (LÔBO, 2011, p. 57).

A partir do momento em que houve a constitucionalização do Direito Civil e a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito¹, as regras jurídicas se mostraram limitadas. Assim, como demonstra Dias (2011, p. 58)

¹ CRFB/1988. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

“os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas”.

Conforme explana Maria Berenice Dias (2011, p. 61), é no Direito de Família que “mais se sente o reflexo dos princípios eleitos pela Constituição Federal, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes”.

Cada autor traz uma quantidade de princípios que norteiam o direito das famílias. Maria Berenice Dias (2011, p. 62) acredita que existem “princípios gerais que se aplicam a todos os ramos do direito, como o princípio da dignidade, da igualdade, da liberdade, bem como da proibição do retrocesso social e da proteção integral a crianças e adolescentes”. Esses sempre são prevalentes, tanto no âmbito no direito de família quanto nas outras áreas do direito.

Por outro lado, há princípios que são considerados especiais, uma vez que são, como aduz Dias (2011, p. 62), “próprios das relações familiares e devem servir de norte na hora de se apreciar qualquer relação que envolva questões de família, despontando entre eles os princípios da solidariedade e da afetividade”.

A seguir discurrir-se-á acerca de alguns princípios constitucionais que orientam o Direito de Família, havendo sido escolhidos aqueles que apresentam maior relação com o tema ora discutido neste trabalho, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana; o princípio da solidariedade social e familiar; o princípio da igualdade e respeito à diferença; o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; o princípio da afetividade; e o princípio da convivência familiar.

2.1.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana consiste no núcleo existencial comum a todas as pessoas, impondo a essas um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade (LÔBO, 2011, p. 60).

Segundo Sarlet (2005, p. 124), a dignidade da pessoa é “o reduto intangível de cada indivíduo [...], a última fronteira contra quaisquer ingerências externas”. No entanto, o autor explica que “tal não significa [...] a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana”.

Visto como um macrop princípio, uma vez que dá origem a todos os demais princípios constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana configura o fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo previsto já no artigo 1º, III, da nossa Constituição Federal.

Assim, consoante Maria Berenice Dias (2011, p. 63), “na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade”. Esse fenômeno acaba por causar a “despatrimonialização” e “personalização” dos institutos jurídicos, isto é, “ao mesmo tempo em que o patrimônio perde a importância, a pessoa é supervalorizada” (TARTUCE; SIMÃO 2011, p. 34).

No que tange à atuação do Estado frente a esse princípio, ressalta-se que a dignidade da pessoa humana, por um lado, representa um limite à ação estatal, enquanto por outro lado, constitui um norte para a sua ação positiva (DIAS, 2011, p. 63).

Significa, portanto, que o Estado, conforme afirma Sarmiento (2000, p. 71), não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que ferem a dignidade da pessoa humana, mas também deve promover essa dignidade por meio de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.

No campo do Direito Privado, é notório que o princípio da dignidade da pessoa humana tem a sua maior ingerência no Direito de Família, visto que uma pessoa nasce e desenvolve suas potencialidades no núcleo familiar, aprendendo a respeitar o direito do próximo enquanto busca realização pessoal. Logo, a vida familiar torna-se essencial para a formação do ser humano, bem como para seu desenvolvimento equilibrado em sociedade. Esse também é o entendimento de Tartuce e Simão (2011, p. 34-35), o qual enxerga a entidade familiar como o núcleo inicial de promoção da dignidade da pessoa.

Sobre o assunto, afirma Gama (2003, p. 105) que a multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum –, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

No capítulo da Magna Carta destinado à Família, o princípio ora exposto fundamenta todas as suas normas, restando explicitada no artigo 226, § 7º²; no artigo 227, caput³; e no artigo 230, caput⁴. Sendo assim, “a família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros”. (LÔBO, 2011, p. 62).

Ainda nesse sentido, aduz Dias (2011, p. 63) que a “dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independente de sua origem”.

Por sua vez, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), cujo maior propósito é a proteção daquelas pessoas que ainda estão em fase de desenvolvimento, o princípio da dignidade, além de embasar todo o texto legal, surge expresso em diversos artigos. Desse modo, restam assegurados todos os direitos fundamentais inerentes às crianças e aos adolescentes (artigo 3º)⁵, assim como a prioridade absoluta aos direitos referentes a suas dignidades (artigos 4º⁶, 15⁷, 18⁸).

Diante do exposto, conclui-se que a ordem jurídica, tanto constitucional quanto infraconstitucional, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, visou garantir as

² CRFB/1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

³ CRFB/1988. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁴ CRFB/1988. Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

⁵ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

⁶ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

⁷ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

⁸ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

possibilidades para que as pessoas, dentro das relações no ambiente familiar, realizem e respeitem reciprocamente suas dignidades como pais, filhos, cônjuges, companheiros e parentes, “ainda que a dura realidade da vida nem sempre corresponda a esse desiderato” (LÔBO, 2011, P. 62).

2.1.1.2. Princípio da solidariedade social e familiar

Solidariedade, do ponto de vista ético e moral, constitui um vínculo afetivo entre as pessoas que compreende a fraternidade e a reciprocidade. “É o que cada um deve ao outro” (DIAS, 2011, p. 63).

Preceitua Lôbo (2011, p. 63) que “o princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais [...]”.

Além de essencial princípio, a solidariedade social foi estabelecida como um dos objetivos fundamentais da República, como prevê o inciso I, do artigo 3º, da Constituição Federal⁹.

O princípio da solidariedade serve de oxigênio da Constituição, conferindo unidade de sentido e auferindo a valoração da ordem normativa constitucional (BONAVIDES, 1998, p. 259).

Consequentemente, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, tendo em vista ser imprescindível que exista solidariedade em qualquer relação pessoal que nasça do vínculo familiar (TARTUCE; SIMÃO, 2011, p. 39).

De acordo com Lôbo (2011, p. 63):

A solidariedade do núcleo familiar deve entender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social.

Nota-se que a solidariedade, no capítulo da Constituição voltado à Família, se consagra como um dever imposto à sociedade, ao Estado e à Família (como entidade e na pessoa de cada integrante), consoante se depreende dos artigos 226, § 8º¹⁰; 227; e 230, da Lei Maior.

⁹ CRFB/1988. Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...].

Nesse contexto, importante frisar, como apontado por Maria Berenice Dias (2011, p. 67), que o dever de garantir os direitos fundamentais das crianças, dos adolescentes e dos idosos é atribuído, primeiramente, à família. Ao analisar os artigos 227 e 230 da CF, percebe-se que o dever de proteção social obedece a seguinte ordem: primeiro é função da família; depois, da sociedade; e por fim, do Estado. Assim, safa-se o este último, em um primeiro momento, da responsabilidade de prover os direitos assegurados constitucionalmente ao cidadão.

No Código Civil, em relação ao princípio da solidariedade social e familiar, os artigos normalmente mais lembrados são aqueles que se referem à solidariedade patrimonial, ou seja, aqueles que discorrem acerca da obrigação alimentar decorrente do vínculo familiar. Os artigos 1.694, 1.698 e 1.700, todos do Código Civil, impõem o dever de prestar alimentos a parentes, cônjuge ou companheiro, podendo a obrigação ser subsidiária em relação a parentes mais distantes, bem como ser transmitida por herança.

Contudo, cumpre-se destacar que a solidariedade familiar ultrapassa a ideia de solidariedade patrimonial, compreendendo também a solidariedade afetiva e psicológica (TARTUCE; SIMÃO, 2011, p. 40). Nesse sentido, algumas normas merecem atenção, quais sejam: os artigos 1.511 e 1.513, que protegem a comunhão plena de vida instituída pela família, somente possível com a cooperação de seus membros; os artigos 1.566 e 1.567, que preveem a mútua assistência entre os cônjuges e a colaboração desses na direção da família; o artigo 1.618, que se refere à adoção como um sentimento de solidariedade; e o artigo 1.724, que garante mútua assistência moral e material também entre os companheiros.

Sendo assim, dar força jurídica ao princípio da solidariedade social e familiar garante a obrigação de cuidado e afeto que todos os integrantes das entidades familiares devem manter entre si.

2.1.1.3. Princípio da igualdade e o respeito à diferença

O princípio da igualdade é a base do Estado Democrático de Direito. Proclamado já no preâmbulo da Constituição, esse princípio também se encontra expresso no artigo 5º do Texto Maior, o qual profere que “todos são iguais perante a lei”. Ainda, o direito à igualdade é

¹⁰ CRFB/1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

assegurado no inciso I do mesmo artigo, atentando-se, dessa vez, à igualdade de gênero ao expressar que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]”.

No capítulo da Carta Magna especial à Família, impõe-se o tratamento igualitário: entre homens e mulheres na chefia familiar; entre todos os filhos, independentemente da forma de filiação; e entre cônjuges e companheiros. Considerando o objetivo deste trabalho, dar-se-á foco à igualdade na chefia familiar e entre os filhos.

No que tange ao princípio da igualdade na chefia familiar, destacam-se, os parágrafos 5º e 7º, do artigo 226, os quais garantem a igualdade entre homens e mulheres na administração da família, preceituando que os “direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” e “o planejamento familiar é livre decisão do casal”. Ou seja, a figura paterna não exerce mais o poder de dominação ou hierarquia, ocorrendo a “despatriarcalização do Direito de Família” (TARTUCE; SIMÃO, 2011, p. 45).

No Código Civil, o princípio em questão pode ser notado ao longo do Livro de Direito de Família. A organização familiar repousa no princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (artigo 1.511), competindo a ambos a direção da sociedade conjugal em mútua colaboração (artigo 1.567), bem como se atribuindo tanto ao homem quanto à mulher deveres recíprocos de forma igualitária (artigo 1.566). No mais, os direitos e deveres do pai e da mãe são iguais em relação à pessoa (artigo 1.631) e aos bens (artigo 1.690) do filho, devendo socorrer ao judiciário quando não há acordo quanto a isso, uma vez que não prevalece a vontade de nenhum deles. A respeito da guarda, não há preferência de um dos genitores (artigos 1.583 e 1.584), recomendando-se a guarda compartilhada com similitude entre as responsabilidades dos pais.

Cumprе salientar, quanto ao princípio da igualdade entre filhos, que a Constituição, em seu artigo 227, parágrafo 6º, proibiu qualquer discriminação entre filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, tendo o Código Civil reforçado a ideia no artigo 1.596. Em suma, restou extinguida a absurda hipocrisia que rotulava os filhos pela condição dos pais (DIAS, 2011, p. 65).

Observa-se, portanto, que no Direito de Família “nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação [...] quanto o da igualdade entre homem e

mulher, entre filhos e entre entidades familiares. Todos os fundamentos jurídicos da família tradicional restaram destruídos [...]” (LÔBO, 2011, p. 65).

Contudo, não significa, necessariamente, que a lei deve tratar todas as pessoas igualmente. Segundo Rui Barbosa (1961, p. 27), “tratar a iguais com desigualdade ou desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade”.

No campo das relações familiares, fundamental que isso seja considerado, como leciona Maria Berenice Dias (2011, p. 66):

A igualdade, porém, não apaga as diferenças entre os gêneros, que não podem ser ignoradas pelo direito. O desafio é considerar as saudáveis e naturais diferenças entre os sexos dentro do princípio da igualdade. Já está superado o entendimento de que a forma de implementar a igualdade é conceder à mulher o tratamento diferenciado que os homens sempre desfrutaram. O modelo não é o masculino, e é preciso reconhecer as diferenças, sob pena de ocorrer a eliminação das características femininas. [...] Assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades. Em nome do princípio da igualdade, é necessário que assegure direitos a quem a lei ignora. [...] Imperioso que, em nome da isonomia, atribua direitos às situações merecedoras de tutela.

No que concerne à igualdade de tratamento dos filhos, o raciocínio também é o mesmo, tendo em vista que “por vezes, a satisfação do princípio da igualdade na filiação impõe o atendimento às diferenças individuais, o respeito ao direito de cada um ser diferente. Outras vezes, um dos filhos apresenta necessidades especiais a demandar medidas especiais” (LÔBO, 2011, p. 67).

Desse modo, o sistema jurídico, principalmente no ramo do Direito de Família, procurou assegurar aos cidadãos tratamento isonômico de forma justa, considerando e respeitando as necessidades e as diferenças de cada um.

2.1.1.4. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e a doutrina da proteção integral

O princípio do melhor interesse significa que os interesses das crianças e dos adolescentes devem ser tratados prioritariamente pelo Estado, pela Sociedade e pela Família, tanto na formação quanto na aplicação dos direitos que lhe dizem respeito (LÔBO, 2011, p. 75). A maior vulnerabilidade e fragilidade desses cidadãos em condição peculiar de desenvolvimento faz com que sejam tratados com prioridade absoluta, sendo protegidos integralmente (DIAS, 2011, p. 68).

No Texto Constitucional, o princípio encontra respaldo no artigo 227, que prevê ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, sendo colocados a salvo de toda forma de negligência, exploração, violência e opressão.

A forma de implementação dos direitos e garantias dos menores é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990). Consoante Teixeira e Sá (2004, p. 26), o Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir a criança ou o adolescente à maioridade de modo responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar plenamente seus direitos fundamentais.

O artigo 4º, do ECA, reforça o texto disposto no artigo 227 da CF, enquanto o artigo 3º determina que a criança e o adolescente gozem de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhes todas as oportunidades e facilidades que lhe proporcionem um desenvolvimento completo.

Por sua vez, no código civil, esse princípio é reconhecido de forma implícita em dois dispositivos, os artigos 1.583 e 1.584, os quais regulam o direito de guarda visando a atender ao melhor interesse da criança e do adolescente na sua fixação. A discussão acerca da guarda será mais bem analisada adiante.

Ainda, ressalta-se que houve recentemente uma ampliação da aplicação do princípio pelo Superior Tribunal de Justiça que entendeu não caber qualquer alegação de nulidade processual, mesmo que pelo Ministério Público, nos casos em que o processo de adoção for realizado conforme os ditames que protegem o interesse do menor¹¹.

Desse modo, de acordo com Pereira (2000, p. 36), a população infanto-juvenil passa a ser protagonista da relação com a família, com a sociedade e o Estado, deixando de ser

¹¹ Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Adoção. Intimação do Ministério Público para audiência. Art. 166 da Lei 8.069/1990. Fim social da lei. Interesse do menor preservado. Direito ao convívio familiar. Ausência de prejuízo. Nulidade inexistente. Não se declara nulidade por falta de audiência do Ministério Público se – a teor do acórdão recorrido – o interesse do menor foi preservado e o fim social do ECA foi atingido. O art. 166 da Lei 8.069/1990 deve ser interpretado à luz do artigo 6º da mesma lei. (STJ, REsp 847.597/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3.ª Turma, j. 06.03.2008, DJ 01.04.2008, p. 1).

tratada como objeto de direito e passando a ser titular de direitos juridicamente protegidos, assim como os adultos.

2.1.1.5. Princípio da afetividade

O princípio da afetividade consiste no princípio norteador do Direito de Família. Esse é o entendimento de Lôbo (2011, p. 70), que leciona: “É o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.

Importante aduzir que:

“A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar. Na relação entre cônjuges e entre companheiros o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência.” (LÔBO, 2011, p. 71).

A expressão “afeto” não está no texto da Constituição, no entanto o princípio da afetividade decorre da valorização da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, CF, e da solidariedade, disposto no artigo 3º, I, CF. (TARTUCE; SIMÃO, 2011, p. 50).

Esse princípio, no âmbito familiar, se encontra implícito na Carta Constitucional por meio de seus essenciais fundamentos, quais sejam: a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (art. 227, § 6º, CF); a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º, CF); a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade de família (art. 226, § 4º, CF); a convivência familiar (e não a origem biológica) como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, CF); e a igualdade entre cônjuges e companheiros (art. 226, § 5º, CF). Ou seja, resta evidente que a família consiste em um grupo unido por laços afetivos, não sendo exigida a consanguinidade para que se configure a relação familiar (LÔBO, 2011, p. 71).

Sobre o tema, Dias segue igual raciocínio, defendendo que “os laços de afeto e solidariedade derivam da convivência familiar [...]. Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado” (2011, p. 71).

Quanto ao princípio da afetividade no Código Civil, é possível identificar alguns artigos que apresentam a valoração do afeto. No artigo 1.583, § 2º, I, do Código Civil, por exemplo, o afeto auxilia a decisão da guarda unilateral. Já no artigo 1.584, § 5º, CC, a relação de afetividade surge como elemento indicativo para a definição da guarda a favor de terceira pessoa.

Para Belmiro Welter (2003, p. 49), ainda há outras passagens que valorizam o afeto no Código Civil: ao estabelecer a comunhão plena de vida no casamento (art. 1.511); quando admite outra origem à filiação além do parentesco natural e civil (art. 1.593); na consagração da igualdade na filiação (art. 1.596); ao fixar a irrevogabilidade da perfilhação (art. 1.604); e quando trata do casamento e de sua dissolução, diz antes sobre as questões pessoais e depois sobre os aspectos patrimoniais.

Na jurisprudência, a afetividade vem ganhando força com a adoção da paternidade socioafetiva. No Superior Tribunal de Justiça há uma crescente de decisões aplicando a socioafetividade para determinação do vínculo de filiação, partindo da ideia de que “se alguém assume o papel de pai, não pode, mais tarde, dele desistir sob a alegação de que não o é biologicamente. Nem sempre a paternidade jurídica está espaldada por uma paternidade biológica” (TARTUCE; SIMÃO, 2011, p. 52-53).

Isso posto, verifica-se que “a concepção revolucionária da família como lugar de realização dos afetos, na sociedade laica, difere da que a tinha como instituição natural e de direito divino, portanto imutável e indissolúvel, na qual o afeto era secundário” (LÔBO, 2011, p. 73).

2.1.1.6. Princípio da convivência familiar

O princípio da convivência familiar da criança e do adolescente deriva do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e do princípio da afetividade.

Segundo Lôbo (2011, p. 74):

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico [...], mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros de família no espaço físico, mas sem a perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.

Na Constituição Federal, o princípio da convivência familiar está explícito no artigo 227, o qual garante à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar e comunitária, impondo à família, à sociedade e ao Estado, o dever de assegurar tal direito.

A importância da convivência familiar fez com que o Estatuto da Criança e do Adolescente deixasse claro que: “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar” (artigo 23, ECA). Logo, a norma estatutária está assegurando às famílias, principalmente as de baixa renda, a convivência familiar com sua prole, impondo ao Estado, no parágrafo único do mesmo artigo, a inclusão da família com dificuldades de se sustentar em programas oficiais de auxílio. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 107).

Ainda sobre o assunto, explica Lôbo (2011, p. 74) que a convivência familiar é o “substrato da verdade real da família socioafetiva, como fato facilmente aferível por vários meios de prova. A posse do estado de filiação, por exemplo, nela se consolida. Portanto, há direito à convivência familiar e direito que dela resulta”.

Outrossim, a convivência familiar é um direito-dever decorrente do exercício do poder familiar. Isto é, o filho menor tem direito à convivência familiar com seus pais, sendo dever desses, no exercício do poder familiar, que ela ocorra, ainda que os pais encontrem-se separados. Assim, as limitações desarrazoadas ao direito de visita do pai não guardião ao filho determinadas por decisão judicial violam o princípio da convivência familiar. (LÔBO, 2011. p. 74).

Por fim, ressalta-se que o direito à convivência familiar não se esgota na família nuclear (composta por pais e filhos). O Poder Judiciário não pode deixar de considerar a alcance da família em cada comunidade, de acordo com seus valores e costumes. “Na maioria das comunidades brasileiras, entende-se como natural a convivência com os avós [...] e com os tios, todos integrando um grande ambiente familiar solidário” (LÔBO, 2011, p. 75). Desse modo, as decisões judiciais que garantem aos avós o direito de visitas aos netos são também pautadas no princípio da convivência familiar.

2.2 O PODER (DEVER) FAMILIAR

Conceitua-se Poder Familiar como sendo o poder exercido pelos pais em relação a seus filhos. Acerca do tema, discorre Lôbo (2011, p. 295):

O poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos. Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária – voltada ao interesse do chefe da família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres.

Baseado no princípio da proteção integral da criança e do adolescente, “de objeto de direito, o filho passou a sujeito de direito” (DIAS, 2011, p. 424). Essa inversão, como explana Venosa (2014, p. 320) ensejou a alteração do conteúdo do poder familiar, o qual deixou de ser um exercício de poder ou de supremacia, mas de um encargo imposto por lei aos pais a fim de assegurar o melhor interesse dos filhos.

Portanto, o poder familiar consiste em um “poder-função” ou um “direito-dever” que serve ao interesse do filho. Diante disso, a expressão “poder familiar” vem sendo trocada pela doutrina por “autoridade parental” por melhor refletir essa nova visão quanto ao instituto, que antes de um poder representa uma obrigação (DIAS, 2011, p. 424).

Na Constituição Federal, resta evidente essa concepção de poder familiar, que impõe aos pais deveres jurídicos correlativos a direitos cujo titular é o filho (LÔBO, 2011, p. 298). O artigo 227 da Lei Maior atribui à família o dever de assegurar um rol de direitos fundamentais ao desenvolvimento das crianças, como vida, saúde, educação, lazer, cultura, dignidade, respeito e convivência familiar. Enquanto isso, o artigo 229 estabelece que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”.

O Código Civil trata do instituto nos artigos 1.630 a 1.638, entretanto o contexto do poder familiar embasa outros dispositivos dessa lei. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, versa sobre o poder familiar nos artigos 21 a 24, como também sobre a perda e suspensão do poder nos artigos 155 a 163. Alguns artigos de ambas as leis acerca do assunto serão abordados ao longo deste capítulo.

Por fim, segundo descreve Venosa (2014, p. 326-327), o poder familiar é: indisponível, não podendo ser transferido a terceiros por seus titulares; indivisível, podendo ser cindido apenas o seu exercício a fim de distribuição das incumbências entre os genitores; imprescritível, não se extinguindo pelo desuso; e irrenunciável, não podendo os pais por ato exclusivo de sua vontade renunciar ao poder familiar.

2.2.1. Titulares do poder familiar

Primeiramente, fundamental salientar que, de acordo com o que foi ora tratado neste trabalho, além do previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 21, o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, não cabendo, dessa forma, utilizar a expressão “pátrio poder” quando se refere ao assunto. Essa concepção de domínio exercido pela figura do pai foi totalmente extinta pela “despatriarcalização do Direito de Família” (TARTUCE; SIMÃO 2011, p. 399).

Logo, indiscutível que a titularidade do poder familiar pertence a ambos os genitores igualmente. No entanto, nem sempre o exercício em conjunto desse poder é pacífico e harmonioso. Em caso de conflito, é assegurado a qualquer um dos pais recorrer ao juiz para a solução da divergência quanto ao exercício do poder familiar, conforme prevê o parágrafo único do artigo 1.631 do Código Civil.

Em que pese ser a regra a titularidade composta do poder familiar, o Código Civil aponta momentos em que o exercício do poder é conferido a apenas um. O já citado artigo 1.631 prevê que na falta ou impedimento de um dos pais, o outro exerce o poder familiar com exclusividade. O filho não reconhecido pelo pai, como indica o artigo 1.633, fica sob a autoridade parental da mãe.

Por outro lado, quando o filho tem reconhecimento dos pais, contudo se é deferida a guarda a terceiros (artigo 1.584, §5º, CC), ou quando a criança é colocada em família substituta (artigo 28, do ECA), não se extingue, em tese, o poder familiar dos pais. A extinção só ocorre com decisão judicial de suspensão e perda do poder familiar, medidas que ainda serão estudadas neste capítulo.

Superada essa questão, observa-se que o mesmo artigo 1.631, do Código Civil, estabelece que o poder familiar será exercido pelos pais, contudo, o dispositivo referiu-se apenas à titularidade dos pais durante o casamento ou a união estável, “restando silente quanto às demais entidades familiares tuteladas explícita ou implicitamente pela Constituição. Ante o princípio da interpretação [...], a norma deve ser entendida como abrangente de todas as entidades familiares, onde houver quem exerça o múnus [...]” (LÔBO, 2011, p. 299).

Assim, seguro dizer que um irmão mais velho que sustenta os demais irmãos na ausência dos pais, ou um tio que cuida de seus sobrinhos, também exercem a autoridade parental, visto que essa está presente em todas as formas de entidades familiares cuja composição tenha a presença de crianças e/ou adolescentes.

Sobre o assunto, resta, por último, trazer o ensinamento de Lôbo (2011, p. 299), o qual lembra que se referir ao poder familiar dos pais “não significa dizer que estes são os únicos titulares ativos e os filhos os sujeitos passivos dele. Para o cumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar, os filhos são titulares dos direitos correspondentes”. Portanto, o poder familiar é composto por titulares recíprocos de direitos.

2.2.1.1. Titularidade do poder familiar de pais separados

A autoridade parental cabe a ambos os genitores, sendo o seu exercício consequência da paternidade e da filiação, e não da convivência do casal (DIAS, 2011, p. 427).

Consoante o artigo 1.632 do Código Civil, encerrado o relacionamento dos pais, nada intervém no poder familiar com relação aos filhos. O artigo 1.579, do CC, também garante que, após o divórcio, os direitos e deveres dos genitores no tocante aos filhos continuam iguais.

Ainda que a guarda esteja sob o controle de um, explica Maria Berenice Dias (2011, p. 428) que:

A falta de convivência sob o mesmo teto não limita nem exclui o poder-dever dos pais que permanece íntegro, exceto quanto ao direito de terem os filhos em sua companhia (CC 1.632). Não ocorre a limitação à titularidade do encargo, apenas a restrição ao seu exercício, que dispõe de graduação de intensidade. Como o poder familiar é um complexo de direitos e deveres, a convivência dos pais não é um requisito para a sua titularidade.

Apesar disso, explana Gonçalves (2014, p. 421) que, ao permanecer a guarda com um dos pais, o exercício do poder familiar por ambos “fica prejudicado, havendo na prática uma espécie de repartição entre eles, com um enfraquecimento dos poderes por parte do genitor privado da guarda, porque o outro os exercerá em geral individualmente”.

Consequentemente, quando o filho se encontra sob a guarda de um dos pais, o outro terá o direito de visitas. Ainda assim, mantêm-se intactos o poder familiar e a guarda jurídica, uma vez que a lei determina que o pai ou a mãe que não for guardião poderá ter seus filhos em sua companhia, assim como supervisionar o interesse dos filhos (artigo 1.583, § 3º, CC)

e fiscalizar sua manutenção e educação (artigo 1.589, CC). Aquele que não detém a guarda há também o direito de compartilhar das decisões fundamentais que lhe dizem respeito (LÔBO, 2011, p. 301).

Ressalta-se, porém, que, conforme disserta Canezin (2005, p. 15), o poder de vigilância não deve se transformar em direito de ingerência. O genitor não guardião não dispõe de direito de ação nem de direito de veto em relação às decisões tomadas pelo guardião, no entanto, eventuais controvérsias podem ser solvidas em juízo, como já tratado.

Quanto ao sustento dos filhos, persiste o dever de ambos os pais de provê-lo. Logo, o genitor que não está com a guarda deve prestar alimentos, segundo impõem os artigos 1.694 e seguintes do Código Civil.

Vindo o genitor guardião que detém a guarda, unilateral ou compartilhada, a constituir nova família, o princípio da incomunicabilidade do poder familiar não resta afetado (DIAS, 2011, p. 428). De acordo com o artigo 1.636 do Código Civil, o casamento ou a união estável de qualquer dos pais não enseja a perda do poder familiar, não cabendo a interferência do novo cônjuge ou companheiro. Isto é, não há transferência do poder familiar.

No entanto, como aduz Dias (2011, p. 429) “cada vez mais, em face do prestígio da filiação afetiva, a tendência é reconhecer direitos e deveres entre o filho genitor e o seu novo companheiro”. Mesmo assim, não se exime o pai ou a mãe do encargo alimentar e do direito de fiscalizar sua educação.

2.2.2. Direitos e deveres no exercício do poder familiar

O exercício do poder familiar atribui aos pais um conjunto de direitos e deveres tendo por finalidade o interesse da criança e o adolescente. “Enquanto estreitamente funcionalizado ao interesse do menor e à formação de sua personalidade, o exercício do poder familiar evolui no curso da formação da personalidade” (LÔBO, 2011, p. 302).

Como anteriormente mencionado, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente impõem aos pais os deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, assegurando-lhes seus direitos fundamentais. Somado a isso, elenca o Código Civil, no artigo 1.634, sete hipóteses de “competência” dos genitores quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los em sua companhia e guarda; III – conceder-lhes ou

negar-lhes consentimento para casar; IV – nomear-lhes tutor; V – representa-los e assisti-los nos atos da vida civil; VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e VII – exigir obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição. (LÔBO, 2011, p. 302).

A noção de educação, consoante aduz Madaleno (2014, p. 28), é a mais ampla, visto que “inclui a formação escolar (esta também um dever do Estado), a religiosa, a moral (que envolve uma abertura para os valores e elevação da consciência), a política, a profissional e tudo o que contribua com seu desenvolvimento como pessoa, sendo a principal formação psíquica”.

O direito à companhia dos filhos possui como correspondência o direito dos filhos à companhia de ambos os pais e à convivência familiar, conforme se atribuiu constitucionalmente. “O direito à companhia inclui o de fixar a residência do filho e exigir que este, sem permissão do pai ou da mãe, deixe-a ou dela se ausente; ao mesmo tempo o filho tem o direito de não ser retirado dela, salvo em caso de necessidade fundado na lei” (LÔBO, 2011, p. 304).

Já o direito-dever de guarda de inclui o de fiscalização, que:

[...] permite aos pais controlar a vida da criança, dentro do domicílio familiar e fora dele. Esse direito permite submeter a criança à vigilância sobre a organização de seu cotidiano e em controlar seus deslocamentos, suas relações com os membros da família e com terceiros [...]. O direito deve ser exercido no interesse da criança, em função da sua idade e da cultura familiar. Deve-se ter em conta, nesse direito de controle e vigilância, os direitos reconhecidos à criança pelos textos internacionais, notadamente o direito à liberdade de expressão (art. 13 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança), o direito a não ser indevidamente interferido em sua vida privada, em sua família e em sua correspondência (art. 16). (LIENHARD. apud LÔBO, 2011, p. 304)

O consentimento para os filhos casarem ocorre quando esses são maiores de 16 e menores de 18. Havendo divergência, qualquer um dos pais ou o filho poderá recorrer ao juiz para a solução do desacordo (artigos 1.517 e 1.631, CC). Por sua vez, o consentimento para o casamento de filho menor de 16 anos é nulo e ineficaz.

A representação e assistência dos filhos menores decorrem da regra da capacidade civil e da capacidade negocial, as quais os incapazes não têm, como tratam os artigos 1º a 5º do Código Civil.

A possibilidade de submeter os filhos a serviços próprios de sua idade e condição, em razão dos princípios da dignidade humana e da proteção integral, é considerada, como aponta Dias (2011, p. 430), incompatível com a Constituição, sendo caso de exploração da vulnerabilidade dos filhos menores (artigo 227, §4º, CF).

No que tange ao direito patrimonial, a administração e usufruto dos bens dos menores cabe aos pais, representando os filhos até os 16 anos e assistindo-os dos 16 aos 18 anos (artigos 1.689 e seguintes). Os rendimentos advindos do patrimônio dos filhos são considerados como compensação das despesas de criação e da educação, contudo a tendência é de que os pais não possam se apoderar da totalidade desses rendimentos, uma vez que o usufruto é instituído para o interesse do menor. Também não podem alienar nem gravar com ônus real o patrimônio dos filhos, tampouco contrair obrigações que ultrapassem a simples administração, a não ser em hipóteses de necessidade ou evidente interesse do menor, devendo as demais transações serem submetidas a juízo (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 28).

O poder familiar também gera a responsabilidade civil dos pais em relação aos atos de seus filhos que causem danos a terceiros. Essa responsabilidade é objetiva, isto é, quando o menor causa um dano, o pai será responsabilizado independente da comprovação de culpa no dever de educação e vigilância ativa (DIAS, 2011, p. 430 e 431). Estabelece o artigo 932 do Código Civil que os pais são responsáveis pelos filhos menores sob sua autoridade e em sua companhia. De acordo com Lôbo (2011, p. 312), “autoridade, nessa norma, está no sentido de quem é titular do poder familiar, ainda que não detenha a guarda do filho menor, no caso de pais separados”.

2.2.2.1. Responsabilidade afetiva decorrente do poder familiar

No extenso rol do Código Civil ora exposto, não consta, segundo Dias (2011, p. 429), o mais importante dever dos pais no exercício do poder familiar: “o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais”.

O poder familiar impõe aos pais, além do dever de assistência material, o dever de assistência moral, o qual consiste no dever que coloca em relevo a afetividade responsável, que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar (TEIXEIRA, 2005, p. 156).

Como relatam Madaleno e Madaleno (2014, p. 28), a responsabilidade afetiva surge como uma obrigação dos pais, vislumbrada no exercício da convivência familiar,

despontando, inclusive, a responsabilidade civil para o genitor que descumprir tal dever de cuidar, no amplo sentido da palavra.

Nesse sentido, já há orientação jurisprudencial que reconhece a aplicação da responsabilidade civil por abandono afetivo, devido ao descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, ensejando a obrigação indenizatória por dano moral pela falta de afeto (DIAS, 2011, p. 429).

2.2.3. Suspensão, perda e extinção do poder familiar

O poder familiar é um dever dos pais a ser exercido a favor do interesse dos filhos, cabendo ao Estado fiscalizar sua adimplência. Caso descumpridos os deveres decorrentes do poder familiar, esse pode ser suspenso, ou até excluído, dos pais pelo Estado. Tal medida, entretanto, não tem o intuito de punir, mas de preservar os interesses dos menores, garantindo sua integridade física e psíquica (DIAS, 2011, p. 433-434).

Por isso, a perda ou a suspensão do poder familiar de um ou ambos os pais não retira do filho menor o direito de ser credor de alimentos, visto que, caso se extinguisse a obrigação alimentícia, estar-se-ia premiando quem faltou com seus deveres e prejudicando os interesses do menor. Do mesmo modo, a colocação da criança ou do adolescente em família substituta não afasta o encargo alimentar dos genitores (GALHARDO, 2003, p. 43).

A suspensão do poder familiar normalmente é total, podendo ser parcial para certos atos. De acordo como Madaleno e Madaleno (2014, p. 29), a suspensão é “a medida menos gravosa, podendo ser sujeita à revisão, uma vez superadas as causas que a incitaram, utilizada a critério do juiz quando outra medida não puder produzir o efeito desejado”.

As causas que ensejam a suspensão do exercício do poder familiar são: o abuso de autoridade (artigo 1.637, CC); a falta quanto aos deveres inerentes aos genitores de guarda, sustento e educação dos filhos, além dos deveres decorrentes desses, como garantia de vida, de saúde, de alimentação, de educação, dignidade, e outros (artigo 227, CF); a ruína dos bens dos filhos; e a condenação do detentor do poder familiar em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (artigo 1.637, § único, CC). (MADALENO; MADALENO, 2014 p. 29).

Cumprе salientar, no entanto, conforme aponta Dias (2011, p. 435), que embora “tenha o genitor o dever de sustento da prole, o descumprimento desse encargo não justifica a

suspensão do poder familiar, pois a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda nem para a suspensão do poder familiar (artigo 23, ECA)''.

Também se considera desarrazoada a suspensão do poder familiar em razão da condenação do guardião, tendo em vista que tal apenação não implica necessariamente em privação de liberdade em regime fechado ou semiaberto, uma vez que a lei penal prevê o cumprimento da pena igual ou inferior a 4 anos em regime aberto (artigo 33, §2º, do Código Penal), assim como há a possibilidade de substituição por penas restritivas de direito (artigo 44, CP). Ainda, existem creches nas penitenciárias femininas. Como a suspensão visa a proteger o interesse dos filhos, torna-se insensata a sua imposição de maneira discricionária (DIAS, 2011, P. 435).

No tocante à extinção do poder familiar, as hipóteses descritas no artigo 1.635 do Código Civil são taxativas, não sendo permitida nenhuma outra, em virtude de envolver restrição de direitos fundamentais. São elas: a morte dos pais ou do filho; a emancipação do filho; a maioridade do filho; e decisão judicial, na forma do artigo 1.638 do Código Civil. Esse artigo, por sua vez, estabelece que perderá o poder familiar, por ato judicial, o genitor que castigar imoderadamente o filho; deixá-lo em abandono; praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; e incidir, reiteradamente, nas faltas previstas com a suspensão do poder familiar (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 29).

Em que pese a lei usar indistintamente as terminações perda e extinção, observa-se que a perda, segundo Dias (2011, p. 435) é uma sanção de maior alcance imposta por sentença judicial, enquanto que a extinção ocorre pela morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo.

2.3. GUARDA E PROTEÇÃO À PESSOA DOS FILHOS

O princípio do melhor interesse da criança levou o direito à convivência familiar ao centro da tutela jurídica, em caso de pais em conflito. A separação dos cônjuges ou companheiros não pode significar a separação de pais e filhos. Consequentemente, quando os pais não chegarem a um acordo, após a separação, acerca da forma de convivência que cada um terá com sua prole, deve o Judiciário assegurar aos genitores o direito de contato permanente com seus filhos. (LÔBO, 2011, p. 189).

Na concepção da psicologia, os filhos são os que mais sofrem no processo de separação, uma vez que perdem a estrutura familiar que lhes provém melhor desenvolvimento psíquico, físico e emocional. “Consideram-se rejeitados e impotentes, nutrindo um sentimento de solidão, como se os pais estivessem violando as obrigações de paternidade” (DIAS, 2011, p. 441).

A criança não deve escolher entre o pai e a mãe. Ela tem direito a ter o contato e a possibilidade de usufruir as duas linhagens de origem, cultura, posição social, religião (DOUTO, 1989, p. 29).

Acerca do tema, discorre Dias (2011, p. 440-441) que “o rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade dos filhos com ambos os genitores”. É preciso, segundo a autora, “que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos pais”.

Assim, a determinação da guarda se configura, além de um dever decorrente do poder familiar, em um dos aspectos mais importantes dos efeitos da separação de um casal, em razão de decidir questões relativas às pessoas emocionalmente mais vulneráveis da relação, os filhos menores, os quais não possuem discernimento totalmente formado (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 33).

Explana Lôbo (2011, p. 190) que a guarda constitui na atribuição dos encargos de proteção, zelo e custódia do filho a um ou a ambos dos pais separados.

2.3.1. Espécies de guarda

A guarda dos filhos, como expõe Dias (2011, p. 442), é, implicitamente, conjunta, visto que o padrão é que os filhos nasçam e cresçam em um ambiente onde os pais vivem juntos. A individualização, geralmente, ocorre com a separação de fato ou de direito dos genitores.

Historicamente, a definição da guarda era unipessoal.

Quando da separação dos pais, a lei impunha a necessidade de identificar quem ficaria com a guarda dos filhos, sendo estabelecido o regime de visitas. Quando os pais passaram a reivindicar a guarda compartilhada, enorme foi a resistência da justiça em homologar tais pedidos, sob o fundamento de inexistir previsão legal. (DIAS, 2011, p. 440)

Agora, o Código Civil sofreu profunda alteração. Quando trata da proteção dos filhos (artigos 1.583 a 1.590, CC), define o legislador o que é a guarda unilateral e o que é a guarda compartilhada, priorizando a segunda forma, consoante artigo 1.584, § 2º. (DIAS, 2011, p. 442).

Ainda, importante salientar que a guarda não fica exclusivamente com os pais, podendo ser deferida a outra pessoa quando há preferência de membro da família que tenha afinidade e afetividade com os menores, conforme prevê o artigo 1.584, § 1º, do Código Civil.

2.3.1.1. Guarda compartilhada

No momento em que há o rompimento do convívio dos pais, as funções parentais deixam de ser exercidas de forma conjunta, resultando em uma redefinição dos papéis com divisão dos encargos em relação à prole. “O maior conhecimento do dinamismo das relações familiares fez vingar a guarda conjunta ou compartilhada, que assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos os genitores, mesmo quando cessado o vínculo de conjugalidade”. (DIAS, 2011, p. 443)

É o modo, consoante Motta (2000, p. 596), de garantir, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação destes na formação e educação do filho. O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar.

Os fundamentos da guarda compartilhada, de acordo com Baptista (2008, p. 35), são de ordem constitucional e psicológica, visando a garantir o interesse do menor. Assim, dão-se mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam mais presentes na vida dos filhos.

Esse também é o entendimento de Dias (2011, p. 443), a qual demonstra que a “participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos”. Para a autora, a “proposta é manter os laços de afetividade [...] conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária”.

Por isso, a regra passou a ser a aplicação da guarda compartilhada, sendo definida em lei (artigos 1.583 e 1.584, do Código Civil). O legislador deixou claro, no artigo 1.584, § 2º, CC, que a guarda compartilhada não é mais subordinada ao acordo dos pais quando se separam.

Ao contrário, quando inexistir acordo, o juiz escolherá sempre que possível a guarda compartilhada, podendo determiná-la de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se essa for a “orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar” (artigo 1.584, § 3º, CC).

A aplicabilidade da preferência pela guarda compartilhada exige dos cônjuges, de acordo com Dias (2011, p. 444), “um desarmamento total, uma superação de mágoas e das frustrações”. E ainda, “se os ressentimentos persistem, nem por isso deve-se abrir mão da modalidade de convívio que melhor atende ao interesse dos filhos”.

Quanto à residência dos filhos na guarda compartilhada, nota-se que ela será dupla, ou seja, a criança ou o adolescente possuíram dois lares, ficando livre para transitar de uma residência para outro conforme lhe convir. Todavia, não há impedimentos aos genitores de estipular, preferencialmente por meio da mediação, que a residência do filho seja fixada com apenas um dos pais. Caso assim seja feito, deve-se atentar ao fato que a fixação não indica que o guardião passará a ser aquele cuja residência foi escolhida. O lar escolhido serve apenas de abrigo, devendo, então, ser regulamentado o direito de visitas para que a convivência com o guardião que reside em outro local não fique à mercê da vontade de quem está com o filho em companhia (DIAS, 2011, p. 445).

Apesar disso, não se pode confundir guarda compartilhada com guarda alternada. Esta tem por fim satisfazer muito mais os interesses dos genitores do que dos filhos, sendo considerada pela doutrina totalmente inconveniente, uma vez que se procede, praticamente, à divisão da criança. O poder parental é conferido de forma exclusiva por períodos preestabelecidos de tempo, em que o filho fica morando um tempo na casa de um genitor e, depois, muda-se para a casa do outro. (DIAS, 2011, p. 446).

Conclui-se, dessa forma, que guarda compartilhada de um filho se refere, como leciona Motta (2000, p.597), à ideia de que pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade, assim como de que a relação que eles têm entre si e com sua prole interfere diretamente no desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou dos adolescentes envolvidos. Deve-se ter a garantia de que o menor terá pais engajados aos deveres inerentes ao poder familiar. (DIAS, 2011, p. 446).

2.3.1.2. Guarda unilateral

Atribui-se pelo juiz a guarda unilateral ou exclusiva, de acordo com o Código Civil e a Lei n. 11.698/2008, a um dos pais, quando esses não chegarem a um acordo e se tornar inviável a guarda compartilhada, que deveria ser preferencialmente aplicada.

Também será guarda unilateral aquela deferida a terceiro quando o juiz se convencer que nenhum dos pais está apto a exercer a guarda. (LÔBO, 2011, p. 192).

A guarda atribuída a um só dos genitores, com o devido estabelecimento do direito de visitas, pode, segundo Dias (2011, p. 446), decorrer do consenso de ambos. Ainda assim, na audiência, deve o juiz informar aos pais o significado e a importância da guarda compartilhada (artigo 1.584, § 1º, do Código Civil).

Conforme o artigo 1.583, parágrafo 2º, do Código Civil, a custódia unipessoal será conferida de forma motivada ao genitor que revele melhores condições de exercê-la e tenha aptidão para propiciar ao filho: I – afeto nas relações com o genitor e o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação.

Observa-se que:

Melhores condições, para os fins legais, não se confunde necessariamente com melhores situações financeiras. O juiz levará em conta o conjunto de fatores que apontem para a escolha do genitor, cujas situações existentes sejam mais adequadas para o desenvolvimento moral, educacional, psicológico, do filho, das as circunstâncias afetivas, sociais e econômicas de cada um. Nenhum fator é aprioristicamente decisivo para determinar a escolha, mas certamente consulta o melhor interesse do filho menor a permanência com o genitor que lhe assegure a manutenção do seu cotidiano e de sua estrutura atual de vida, em relação aos meios de convivência familiar, social, de seus laços de amizade e de acesso ao lazer. Fator relevante deve ser o de menor impacto emocional ou afetivo sobre o filho, para essa delicada escolha” (LÔBO, 2011, p. 193).

A análise do conjunto de fatores, portanto, deve ter por finalidade a investigação do melhor interesse do filho para que se decida de modo justo acerca da guarda.

No entanto, nesse sentido, lembra Lôbo (2011, p. 194) que a opção preferencial de atribuir à mãe a guarda unilateral nem sempre resulta no melhor interesse da criança. Antes, a mulher tinha seu papel principal voltado ao mundo privado, no âmbito da família, enquanto o homem vivia voltado ao mundo público, exercendo o principal papel de provedor. As mudanças socioeconômicas do século XX, principalmente a emancipação feminina com crescente inserção da mulher no mercado de trabalho, geraram estreitamento das diferenças culturais entre os gêneros. A preferência pela mãe, desse modo, desmerece a dignidade da mulher, bem como viola o princípio da igualdade previsto no parágrafo 5º, artigo 226, da Constituição Federal.

A guarda unilateral obriga o genitor não guardião, como dispõe o artigo 1.583, § 3º, do Código Civil, a supervisionar os interesses do filho. Também lhe é concedido o direito de fiscalizar a manutenção e educação do menor (artigo 1.589, CC).

Entretanto, consoante Canezin (2005, p. 24), nota-se que a guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço da paternidade da criança com o pai não guardião, visto que o genitor guardião, geralmente, impõe regras na forma que irá se conduzir a convivência familiar e as visitas, ainda que regulamentadas pelo juiz.

Sobre a guarda unilateral, necessário, por fim, dizer que a guarda do filho reconhecido somente por um dos pais fica, obviamente, com quem o reconheceu (artigo 1.612, CC). Registrado o menor no nome de apenas um dos genitores, passa esse a exercer a guarda unilateral, constituindo, conforme explana Dias (2011, p. 446), “uma família monoparental”. No entanto, frisa-se que, ao cuidar do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento (artigos 1.611 e 1.612 do Código Civil), a norma não respeita a doutrina da proteção integral consagrada pela Constituição e pelo ECA, uma vez que o consentimento do outro cônjuge é necessário para que o filho resida com o genitor que o reconheceu (DIAS, 2011, p. 446-447).

2.3.2. Direito de fiscalização

O artigo 1.589, do Código Civil, estabelece que o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá fiscalizar sua manutenção e sua educação.

Prenota Lôbo (2011, p. 197), que a “fiscalização ou supervisão do exercício da guarda, por parte do não guardião, é direito e dever, no superior interesse do filho”. De acordo com o autor, fiscalizar a manutenção abrange tudo que envolve as necessidades vitais do filho, como nutrição adequada, saúde mental e física, lazer, e outros, assim como diz respeito à verificação do emprego dos alimentos pagos pelo não genitor em favor do filho. Já a fiscalização da educação se refere ao conhecimento do não guardião dos assuntos de escola, como também a averiguação da educação doméstica, a qual agrega valores necessários à formação integral dos filhos (2011, p. 197).

Ainda, caso se constate que o guardião não desempenha suficientemente as funções que assumiu decorrentes da guarda exclusiva, pode o outro genitor requerer ao juiz que a guarda seja transferida para si (LÔBO, 2011, p. 197).

2.3.3. Direito de visita

O direito do genitor não guardião de visita ao filho, segundo Lôbo (2011, p. 196), “é a contrapartida da guarda exclusiva”.

O artigo 1.589 do Código Civil delega o direito de visitas, cujo regime é acordado entre os pais ou fixado pelo juiz. O Código de Processo Civil, por sua vez, no artigo 1.121, inciso II, dispõe que a petição inicial da separação consensual deve conter obrigatoriamente o acordo quanto à guarda e ao regime de visitas.

Segundo Gama (p. 174), a causa da ruptura da sociedade conjugal não tem relevância para a fixação das visitas. O interesse que deve ser resguardado é, prioritariamente, o do filho, objetivando-se atenuar a perda da convivência diuturna na relação parento-filial.

O direito de visita, quando fixado pelo juiz, deve ser estabelecido com base em fatos como: a conduta do casal; o grau de afetividade dos mesmos em relação aos filhos; as condições de ordem psicológica e emocional; os sentimentos e as necessidades da criança; e até mesmo sua manifestação, quando possível (LEITE, 1996, p. 90-91).

Sustenta Lôbo (2011, p. 196), que o juiz deve ter muito cuidado “ao regulamentar o direito de visita, de modo que não prevaleçam os interesses dos pais em detrimento do direito do filho de contato com ambos”.

Conforme explica Dias (2011, p. 447), “a visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial”. A autora acredita que seria melhor o uso da expressão “direito de convivência, pois é isso que deve ser preservado mesmo quando o pai e filho não vivem sob o mesmo teto”.

Nesse sentido, ressalta Dias (2011, p. 449) que:

A visitação em datas predeterminadas, fixando quando o genitor pode ficar com o filho em sua companhia, cria um distanciamento entre ambos. A imposição de períodos de afastamento leva ao estremecimento dos laços afetivos pela não participação do pai no cotidiano do filho, além de gerar certo descompromisso com o seu desenvolvimento.

Em razão do direito de visitas ser, acima de tudo, um direito do filho em ser visitado, visando à proteção de seus interesses e de seu desenvolvimento, o direito de visitas, como adverte Cahali (2002, p. 936), consiste em um dever de visitas. Logo, como expõe o autor,

o inadimplemento da prestação alimentícia em favor do filho não pode ser penalizado com a suspensão de visitas, tendo em vista que tal pena prejudicaria principalmente a criança.

Quanto à suspensão das visitas, infelizmente, os pedidos para que ela ocorra devido à denúncia de abuso sexual são frequentes. No entanto, muitas vezes a acusação não passa de uma tentativa do guardião de impedir o direito de convivência entre o filho e o outro genitor, por meio da chamada alienação parental (DIAS, 2011, p. 450).

A suspensão das visitas pode ocasionar “prejuízos emocionais ao filho, e, para evitar risco de danos reais, torna-se necessária que as visitas sejam supervisionadas, ou realizadas em ambiente terapêutico [...]” (DIAS, 2011, p. 450).

Ainda, aduz-se que o direito de visitas, no sentido de direito à convivência, também se estende a outros parentes quando os vínculos afetivos formados merecerem preservação. O parágrafo único do artigo 1.589 do Código Civil assegura aos avós o direito de visitas aos netos depois do fim do relacionamento conjugal. Essa norma também visa coibir a situação da alienação parental, uma vez que por vezes os avós são impedidos de manter relacionamento com o neto como forma de vingança e represália surgida com o término da relação entre o casal (GONÇALVES, 2014, p. 301).

Posto isso, conclui-se que, consagrado o princípio da proteção integral, faz-se necessário, além de apenas se regulamentar as visitas, estabelecer formas de convivência, harmonizando o direito de convívio com a situação que se encontram os genitores, visto que não há proteção total quando há exclusão do outro genitor, ou de parentes próximos, da vida da criança ou do adolescente (BRUNO, 2003, p. 323).

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DIREITO DE FAMÍLIA

Para que se discorra acerca da responsabilização gerada pela prática da alienação parental, faz-se necessária a análise do instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que tange ao dano moral e a sua ocorrência no ramo do Direito de Família.

3.1. CONCEITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil pode ser definida como a aplicação de medidas que obrigam uma pessoa a reparar um dano, patrimonial ou extrapatrimonial, sofrido por um terceiro, sendo que a causa do dano decorre de um ato praticado por essa pessoa, por alguém por quem ela responde, por alguma coisa pertencente à pessoa, ou, ainda, por simples imposição legal (DINIZ, 2011, p. 50).

Nesse sentido, explica Gonçalves (2011, p. 31) que “a responsabilidade civil decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico [...]”. Verifica-se, portanto, que havia um dever jurídico cuja violação gerou um novo dever: a reparação do dano.

Logo, a responsabilidade civil nada mais é que um dever jurídico sucessivo ou secundário. É uma obrigação que nasce da violação de uma obrigação anteriormente prevista (GONÇALVES, 2011, p. 24).

3.2. FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O desejo de obrigar o ofensor a reparar o dano causado contra outrem tem como base o sentimento de justiça. O dano gerado pelo ato ilícito “rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima”. Para que se restabeleça esse equilíbrio e o prejudicado seja recolocado no *statu quo ante* é que se faz necessária a fixação da indenização proporcional ao dano (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 13).

3.3. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil e a consagração de seus pressupostos possibilitaram a realização de um estudo mais aprofundado sobre o dever de reparação do dano. Desse modo, a responsabilidade civil pode ser dividida em diferentes espécies, destacando-se as formas de classificação: quanto à origem, diferenciando-se a responsabilidade contratual da extracontratual; e quanto à culpa, diferenciando-se a responsabilidade subjetiva da objetiva (LISBOA, 2010, p. 273 e 274).

A responsabilidade civil contratual “é aquela que decorre da violação de obrigação disposta em um negócio jurídico” (LISBOA, 2010, p. 274). Sustenta o jurista Cavalieri Filho (2009, p. 15) que “se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; [...]”.

Por sua vez, a responsabilidade civil extracontratual nasce quando um dever jurídico imposto por lei é violado, ou seja, o dever de indenizar “surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistam qualquer relação jurídica que o possibilite [...]” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 15). A responsabilidade extracontratual também pode ser chamada de ilícito aquiliano ou absoluto, segundo o autor Cavalieri Filho (2009, p. 15).

No que diz respeito às responsabilidades subjetiva e objetiva, o fator que as diferencia é a necessidade de comprovação da existência de culpa.

A responsabilidade civil subjetiva é aquela que se configura apenas se restar demonstrada a culpa do agente causador do dano. Enquanto que a responsabilidade civil objetiva surge até quando a conduta daquele que causou o dano não é considerada culposa (LISBOA, 2010, p. 275).

Consoante Cavalieri Filho (2009, p. 16), a culpa consiste no principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva, uma vez que, em regra, “ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir”.

Essa diferenciação é de extrema importância, pois a partir disso que é possível identificar os pressupostos da responsabilidade civil. Na responsabilidade civil subjetiva, a culpa faz parte dos pressupostos que a forma, já na responsabilidade civil objetiva não há o pressuposto culpa.

3.4. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

O artigo 186 combinado com o artigo 927, ambos do Código Civil, consagram que quem praticar ato ilícito, causando dano a outrem, terá que indenizar, conforme leciona Cavalieri Filho (2009, p. 23).

Aduz o artigo 186, do CC: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Enquanto o artigo 927, do CC, prevê que: “Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

O artigo 927, portanto, completa o artigo 186, e partir deles é possível extrair os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, os quais, segundo Cavalieri Filho (2009, p. 23), são: a conduta culposa do agente, o nexo de causalidade e o dano.

Para o autor, a conduta culposa do agente fica patente pela expressão: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia [...]”. O nexo causal, por sua vez, é revelado pelo verbo “causar”. E, por fim, o dano está na expressão: “[...] violar direito e causar dano a outrem”.

Ressalta-se que, para outros autores, como Gonçalves (2011, p. 53), a culpa é vista como um pressuposto diferente daquele referente à conduta do agente. Os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, nesse caso, são: a ação ou omissão do agente; a culpa ou o dolo do agente; a relação de causalidade; e o dano experimentado pela vítima.

Contudo, conforme explana Cavalieri Filho (2009, p. 23), “a culpa, isolada e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. A culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana”. Portanto, o pressuposto seria a conduta culposa, devido à necessidade de se analisar conjuntamente a ação do agente com a existência da culpa.

Ambas as formas de identificação dos pressupostos estão corretas. Apenas por critério metodológico se seguirá neste trabalho a forma proposta por Cavalieri Filho.

3.4.1. Conduta culposa do agente

A conduta culposa do agente consiste no primeiro pressuposto de responsabilidade civil subjetiva.

Entende-se conduta culposa como as duas formas de exteriorização da atividade humana, isto é, tanto a ação quanto a omissão, eivadas do elemento culpa. Além do termo “conduta”, a ação em sentido lato também é um termo empregado para indicar a ação *stricto sensu* e a omissão (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 23-24).

3.4.1.1. Ação ou omissão

A ação ou omissão que gera a responsabilidade civil pode ser lícita ou ilícita. Como anteriormente explicitado, comete ato ilícito aquele que, agindo culposamente, viola direito e causa dano a outrem. Sendo assim, na responsabilidade civil subjetiva o centro de exame é o ato ilícito (VENOSA, 2014, p. 27).

O ato ilícito, expresso nos artigos 186 e 927 do Código Civil, tem por elemento nuclear uma conduta humana voluntária e contrária ao direito, que provém de uma ação ou uma omissão. (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 23-24). “O dever de indenizar vai repousar justamente no exame da transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito” (VENOSA, 2014, p. 27).

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, tendo em vista que, como afirma Cavalieri Filho (2009, p. 24), “as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém através de um fazer”. Desse modo, a ação, para o autor, “consiste em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante”.

A omissão, por outro lado, “caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma conduta devida”, adquirindo relevância jurídica e tornando o omitente responsável quando este “tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 24).

Ainda, observa Cavalieri Filho (2009, p. 24-25) que:

Somente os pais, por exemplo, respondem, civil e penalmente, pela omissão alimentar dos filhos, porque a eles cabe o dever legal de alimentá-los; somente o médico contratado pelo paciente, ou que está adstrito ao atendimento, responde pela falta desse atendimento, porque assumiu a posição de garantidor (ou garante) da não-ocorrência do

resultado, e assim por diante. Em suma, só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado.

Acerca do tema, descreve Diniz (2011, p. 56) que a conduta constitui um elemento da responsabilidade, sendo um “ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando dever de satisfazer os direitos do lesado”.

3.4.1.2. Imputabilidade

A responsabilidade civil exige que a conduta, além de lesiva, seja culpável. Para que o agente incorra em culpa é necessário que sua conduta seja voluntária, conforme já visto, ou seja, deve haver “livre-determinação de vontade” para que seja imputada ao agente a responsabilidade por sua conduta (GONÇALVES, 2011, p. 35).

Dessa forma, para que alguém, ao praticar um ato ilícito, seja obrigado a reparar o dano causado, é necessário que tenha capacidade de discernimento, caso contrário, aquele que não pode querer e entender não incorre em culpa (GONÇALVES, 2011, p. 35).

Imputabilidade significa atribuir responsabilidade a alguém por algo, configurando-se, de acordo com Cavalieri Filho (2009, p. 25-26), em um “conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever; imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo”.

Os elementos da imputabilidade são a maturidade e a sanidade mental. Logo, imputável “é o agente mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender o caráter de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 26).

3.4.1.3. Culpa lato sensu

Comete ato ilícito aquele que, agindo com culpa, viola direito e causa dano a outrem, conforme prescreve o artigo 186, anteriormente citado.

Para nosso ordenamento jurídico, agir com culpa significa merecer censura ou reprovação. Como preceitua Diniz (2011, p. 57), isso quer dizer que o “comportamento do agente

será reprovado ou censurado quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente”.

Caso não haja culpa na conduta do agente, não há reprovabilidade ou censurabilidade de seus atos, e, portanto, não há responsabilidade. Desse modo, a vítima do dano “só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 29).

Logo, verifica-se que a responsabilidade civil subjetiva exige o elemento culpa, ou seja, para que haja a obrigação de indenizar o agente do dano deve, ao praticar o ato ilícito, ter agido com culpa, seja por ação ou omissão voluntária, ou por negligência ou imprudência, como previsto no artigo 186 do Código Civil (GONÇALVES, 2011, p. 314).

Assim, para a caracterização do ato ilícito discorre Diniz (2011, p. 57-58) que:

[...] é necessário que haja uma ação ou omissão voluntária, que viole norma jurídica protetora de interesses alheios ou um direito subjetivo individual, e que o infrator tenha conhecimento da ilicitude de seu ato, agindo com dolo, se intencionalmente procura lesar outrem, ou culpa, se consciente dos prejuízos que advêm de seu ato, assume o risco de provocar evento danoso.

A partir disso tem-se a noção da culpa em sentido amplo (culpa lato sensu), a qual compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico; e a culpa em sentido estrito (culpa stricto sensu), caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem intenção de violar um dever (DINIZ, 2011, p. 58).

Para alguns autores, como lembra Cavalieri Filho (2009, p. 30), não há necessidade em distinguir dolo de culpa, visto que, pelo nosso Direito, “o agente responde igualmente pelas consequências de sua conduta, sem se indagar se o resultado danoso entrou nas cogitações do infrator, ou se a violação foi especialmente querida”. Para esse autor, é exclusivamente reparadora a função da indenização, não de punição da conduta, como ocorre na responsabilidade penal, “onde o grau de culpa do agente exerce influência capital na graduação da pena”.

Em síntese, “no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental de conduta decorrente de falta de cuidado” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 31).

Cabe agora esmiuçar os elementos do dolo e da culpa em sentido estrito a fim de que se identifique a ocorrência da culpa que enseja a responsabilidade civil subjetiva.

3.4.1.3.1. Elementos do dolo

Segundo Cavalieri Filho (2009, p. 32), os elementos do dolo são “a representação do resultado e a consciência da sua ilicitude”.

O primeiro elemento significa “a previsão, antevisão mental do resultado. Antes de desencadear a conduta, o agente antevê, representa mentalmente, o resultado danoso e o elege como objeto de sua ação”. Já a consciência da ilicitude nada mais é do que o agente saber ser ilícito o resultado que objetiva alcançar com sua ação e estar “consciente de que age de forma contrária ao dever jurídico, embora lhe seja possível agir de forma diferente”. (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 32).

3.4.1.3.2. Elementos da culpa em sentido estrito

A essência da culpa em sentido estrito, ou *stricto sensu*, é o descumprimento de um dever de cuidado ou a omissão de diligência exigível, conforme aponta Cavalieri Filho (2009, p. 32).

Para a caracterização da culpa é necessário indicar e explicar os elementos que a formam, sendo esses: o dever de cuidado; a previsão e a previsibilidade; e a imprudência, a negligência ou a imperícia.

O dever de cuidado consiste em um dever de cautela, atenção ou diligência, imposta ao homem ao praticar os atos da vida, mesmo que lícitos, para que sua conduta não cause lesão a bens jurídicos alheios (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 32).

Assim também conceitua Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 316):

Em qualquer atividade o homem deve observar a necessária cautela para que sua conduta não venha a causar danos a terceiros, ainda que ausente o *animus laedendi*. A inobservância desse dever geral de cautela ou dever de cuidado, imposto genericamente no art. 186 do Código Civil, configura a culpa *stricto sensu* ou aquiliana.

Em virtude de sua natureza perigosa, algumas atividades já são regulamentadas por lei, a qual procura estabelecer os deveres e os cuidados do agente. Por outro lado, visto que não há como o legislador prever todas as condutas humanas, as atividades que não possuem um

regulamento devem seguir o dever genérico de não lesar a outrem, consoante o art. 186 do Código Civil prevê (GONÇALVES, 2011, p. 316).

Desse modo, nota-se que o ponto de partida da culpa, como entende Cavalieri Filho (2009, p. 34), “é a violação de uma norma de conduta por falta de cuidado; geral, quando contida na lei; particular, quando consignada no contrato, mas sempre por falta de cautela. E a observância dessa norma é fator de harmonia social”. Segundo o autor, a inobservância desse dever de cuidado “exprime um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do agente, por ter violado o dever de cuidado quando, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo”.

Ressalta-se, contudo, que se afere “a conduta culposa pelo o que ordinariamente acontece, e não pelo o que extraordinariamente possa ocorrer. Jamais poderá ser exigido do agente um cuidado tão extremo que não seria aquele usualmente adotado pelo homem comum”. (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 34).

Quanto ao elemento da previsão e previsibilidade, salienta-se que nos casos de culpa stricto sensu o resultado de violar direito e lesionar outrem por meio da conduta do agente não é intencional. Entretanto, apesar de involuntário, quando o resultado de uma conduta que gerou um dano poderia ser previsto ou, no mínimo, previsível e, assim, evitado, o agente deve ser responsabilizado (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 35).

A previsibilidade necessária para a configuração da culpa, como denota Cavalieri Filho (2009, p. 35), “é relativa às circunstâncias do momento da realização da conduta [...]. Será necessário que determinado acontecimento, concretamente considerado, pudesse ter sido previsto pelo agente, e conseqüentemente evitado, mas não o foi por falta de cuidado”. A previsibilidade genérica, portanto, não é suficiente para ensejar a configuração da culpa.

Quando não há previsibilidade, entra-se no terreno do caso fortuito ou força maior, que posteriormente será discutido.

Por fim, em relação à imprudência, à negligência e à imperícia cumpre destacar que todas são formas de exteriorização da falta de cuidado. Segundo Maria Helena Diniz (2011, p. 58), a imprudência é “precipitação ou ato de proceder sem cautela”; já a negligência é “a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento”; e a imperícia é a “falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato”.

A partir disso, é possível conceituar a culpa como “uma conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 34).

3.4.2. Nexo de causalidade

Para a existência da obrigação de indenizar deve haver entre o fato ilícito e o dano produzido um nexo de causalidade (GONÇALVES, 2011, p. 348). O artigo 186 e artigo 927 do Código Civil expressamente exigem a necessidade do nexo causal ao atribuir o dever de reparação apenas àquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem.

Logo, o dano só pode acarretar em responsabilidade quando houver liame de causalidade o unindo à conduta do agente, sendo por meio do exame do nexo causal que se identifica o causador do dano (VENOSA, 2014, p. 58).

Para a configuração do nexo causal, Venosa (2014, p. 58) aponta duas questões que merecem ser analisadas: primeiramente, há dificuldade em sua prova; “a seguir, apresenta-se a problemática da identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, principalmente quando este decorre de causas múltiplas. Nem sempre há condições de estabelecer a causa direta do fato, sem causa eficiente”.

Acerca disso, sustenta Gonçalves (2011, p. 349) que a teoria do nexo causal encontra dificuldades quando aparecem as concausas, as quais podem ser simultâneas ou sucessivas. Na primeira forma de concausa ocorre um dano gerado por mais de uma causa, sendo atribuída a obrigação de indenizar a vários agentes. O Código Civil, no parágrafo único do artigo 942, prevê que a responsabilidade será, nesse caso, solidária.

No caso de concausas sucessivas é que repousa a dificuldade uma vez que se estabelece uma cadeia de causas e efeitos. “A dificuldade está em saber qual delas deve ser escolhida com a responsável pelos danos” (GONÇALVES, 2011, p. 349).

A fim de solucionar essa questão surgiram três teorias, denominadas por Gonçalves (2011, p. 349) de: equivalência das condições; causalidade adequada; e danos diretos e imediatos.

A equivalência das condições é a teoria admitida principalmente no Direito Penal. Defende tal teoria que tudo que concorre para o evento deve ser considerado como causa. Desse modo, explica Venosa (2014, p. 58) que para verificar se “determinada causa concorreu para o evento, suprime-se esse fato mentalmente e imagina-se se teria ocorrido da mesma forma. Se assim for, não será causa”. O problema, entretanto, dessa teoria é a possibilidade, segundo o autor (2014, p. 59), de inserir estranhos no curso do nexo de causalidade, conduzido a resultados absurdos e “permitindo uma linha regressiva quase infinita”.

Para a teoria da causalidade adequada, por sua vez, a causa do dano será apenas “a condição por si só apta a produzi-lo. Ocorrendo certo dano, temos de concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito” (GONÇALVES, 2011, p. 350).

Por fim, a teoria dos danos diretos e imediatos é, consoante Gonçalves (2011, p. 349), “a que exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu”. Explana o autor (2014, p. 350) que essa teoria requer haja uma relação de causa e efeito imediata entre a conduta e o dano, sendo “indenizável todo dano que se filia a uma causa, desde que seja necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano”.

O nosso Código Civil adotou, conforme indica a doutrina, a terceira teoria, podendo essa ser reconhecida no artigo 403 do texto normativo¹².

Todavia, independentemente da teoria, salienta-se que caberá ao juiz fazer um juízo de probabilidade, acarretando ou não em um resultado satisfatório.

3.4.2.1. Excludentes do nexo de causalidade

Dentro do estudo sobre nexo de causalidade, não se pode deixar de analisar os excludentes da responsabilidade, isto é, os fatos que interferem nos “acontecimentos ilícitos e rompem o nexo causal, excluindo a responsabilidade do agente” (GONÇALVES, 2011, p. 353).

Leciona Cavalieri Filho (2009, p. 64) que “causas de exclusão do nexo causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao

¹² CC/2002. Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

devedor ou agente”. Essa impossibilidade ocorre nas hipóteses de: fato exclusivo da vítima; fato de terceiro; e caso fortuito ou força maior.

3.4.2.1.1. Fato exclusivo da vítima

O fato exclusivo da vítima é uma causa que exclui completamente a responsabilidade do aparente causador do dano, devendo a vítima arcar com os prejuízos em virtude do agente que supostamente causou o dano ser, na realidade, instrumento do acidente (DINIZ, 2011, p. 130).

Para melhor compreensão, exemplifica Cavalieri Filho (2009, p. 64):

Se “A”, num gesto tresloucado, atira-se sob as rodas do veículo dirigido por “B”, não se poderá falar em liame de causalidade entre o ato deste e o prejuízo por aquele experimentado. O veículo atropelador, a toda evidência, foi simples instrumento do acidente, erigindo-se a conduta da vítima em causa única e adequada ao evento, afastando o próprio nexo causal em relação ao motorista, e não apenas a sua culpa, como querem alguns. [...] Para os fins de interrupção do nexo causal basta que o comportamento da vítima represente o fato decisivo do evento.

Desse modo, cumpre aduzir que o fato exclusivo da vítima não significa apenas a ausência da culpa do agente, mas enseja em total isenção de responsabilidade, tendo em vista a exclusão do próprio nexo causal referente ao aparentemente causador direto do dano.

3.4.2.1.2. Fato de terceiro

Terceiro é qualquer pessoa além da vítima ou do agente, alguém que não possui ligação com o causador aparente do dano ou o lesado, de modo que “se alguém for demandado para indenizar um prejuízo que lhe foi imputado pelo autor, poderá pedir exclusão de sua responsabilidade se a ação que provocou o dano foi devida exclusivamente a terceiro” (DINIZ, 2011, p. 131).

Para a opinião dominante, relata Cavalieri Filho (2009, p. 65) que o fato de terceiro equipara-se ao caso fortuito ou força maior, visto ser uma causa estranha à conduta do suposto causador do dano e, portanto, imprevisível e inevitável.

3.4.2.1.3. Caso fortuito ou força maior

Como anteriormente discutido, a culpabilidade guarda relação com a previsibilidade e evitabilidade. Na hipótese de ocorrência de caso fortuito ou força maior, a responsabilidade cessa em razão da inevitabilidade dos fatos que, por sua vez, eliminam a culpabilidade (DINIZ, 2011, p. 132).

Não é pacífica a forma de diferenciar caso fortuito de força maior. Independentemente disso, afirma Cavalieri Filho (2009, p. 65) que ambos “estão fora dos limites da culpa. Fala-se em caso fortuito ou força maior quando se trata de acontecimento que escapa toda a diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação”.

O Código Civil, artigo 393, considera praticamente sinônimas as expressões, caracterizando-as como um fato necessário, cujos efeitos não há como evitar ou impedir. Para Cavalieri Filho (2009, p. 65), no entanto, existe diferença. Caso fortuito trata de evento imprevisível, sendo, conseqüentemente, inevitável, enquanto que força maior na maioria das vezes é previsível, porém, também inevitável, como os fatos da Natureza. O elemento, então, indispensável para a configuração do caso fortuito é a imprevisibilidade específica ao caso concreto, já o elemento da força maior é a inevitabilidade em função do que seria razoável exigir-se.

Assim, conclui-se que caso fortuito e força maior excluem o nexos causal devido a também constituírem “uma causa estranha à conduta do aparente agente”, causadora direta do evento (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 66).

3.4.3. Dano

O dano é o principal pressuposto, não apenas da responsabilidade civil subjetiva extracontratual, mas de qualquer responsabilidade civil. Afinal, para que haja indenização deve haver a ocorrência de um dano. Sem isso, não há o que reparar, ainda que a conduta seja dolosa ou culposa. Desse modo, indenização sem existência de um dano sofrido pela vítima importaria em enriquecimento ilícito (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 70-71).

Assim, faz-se necessário conceituar o dano. De acordo com Venosa (2014, p. 41), “a noção de dano sempre foi objeto de muita controvérsia”. Para o autor:

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou imaterial, ou melhor, econômico e não econômico. [...] Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá a possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar

dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto [...] pode-se entender que a expressão *dano injusto* traduz a mesma noção de *lesão a um interesse*.

Na mesma linha segue Cavalieri Filho (2009, p. 71), o qual acrescenta que dano é a diminuição ou subtração de um bem jurídico, qualquer que seja a natureza, abrangendo os bens patrimoniais e os bens integrantes da personalidade da vítima, como a honra, a imagem, a liberdade, e tudo aquilo suscetível de proteção. Em síntese, “dano é lesão a um bem jurídico, tanto patrimonial quanto moral”. A divisão dano patrimonial e dano moral parte desse conceito.

3.4.3.1. Dano patrimonial ou material

O dano patrimonial, denominado também de dano material, alcança os bens integrantes do patrimônio da vítima, “entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 71).

O dano patrimonial abrange tanto aquilo que efetivamente se perdeu quanto aquilo que se deixou de lucrar, caracterizando, respectivamente, o dano emergente e o lucro cessante. (GONÇALVES, 2011, p. 356). O artigo 402 do Código Civil disciplina a matéria caracterizando ambos, dispondo que: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

O dano emergente, consoante Cavalieri Filho (2009, p. 72), “importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão de ato ilícito”, não ensejando maiores dificuldades para sua mensuração. Em regra, o ressarcimento do dano equivalerá ao “desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima”, sendo a diferença de valor entre o patrimônio que o ofendido havia antes do ato ilícito e o que passou a possuir depois. Conclui o autor, desse modo, que “dano emergente é tudo aquilo que se perdeu, sendo certo que a indenização haverá de ser suficiente para o *restitutio in integrum*”.

Por sua vez, o lucro cessante é o “reflexo futuro do ato ilícito sobre o patrimônio da vítima”, consistindo na perda de um ganho esperado. (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 72). Decorre, além da paralização da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, da “frustração daquilo que era razoavelmente esperado”, sendo razoável aquilo que “o bom-senso diz que o credor lucraria, apurado segundo um juízo de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar

dos fatos. Não pode ser hipotético, imaginário, porque tem que ter por base uma situação fática concreta” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 73).

Esclarecido de forma objetiva e sintática o dano patrimonial, resta agora a discussão acerca do dano moral, o qual possui maior relevância dentro deste trabalho, uma vez ser esse o encontrado nos casos de alienação parental.

3.4.3.2. Dano moral

Atualmente, já restando pacífico que o dano moral é indenizável e cumulável com o dano material, a maior discussão acerca do assunto consiste em identificar o próprio dano moral.

Dano moral é aquilo que atinge a pessoa do ofendido, sem lesar seu patrimônio. “É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere nos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação” (GONÇALVES, 2011, p. 377).

Nesse sentido, preleciona Cavalieri Filho (2009, p. 80) que “os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral”. Para o jurista, o dano moral, em sentido estrito, é a transgressão do direito à dignidade da pessoa. Direito esse que engloba a proteção da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da pessoa, fazendo com que a Constituição Federal imponha, em seu artigo 5º, V e X¹³, a integral reparação do dano moral quando violado tal direito. Em sentido amplo, o dano moral envolve graus de violação de direitos da personalidade que não estão diretamente ligados ao direito à dignidade, como bom nome, reputação, sentimentos e relações afetivas.

Salienta-se que, embora haja a comum vinculação do dano moral com a reação psíquica da vítima, a ofensa à dignidade da pessoa humana pode ocorrer sem dor, vexame ou sofrimento, como também pode ocorrer o inverso. Essas três emoções podem ser consequências,

¹³ CF/1988. Art. 5º. [...] V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

e não causas do dano moral. Logo, a reação psíquica do ofendido só “pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 80).

Nos termos da lição de Venosa (2014, p. 50) acerca do dano moral diz-se que:

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral, intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui também é importante o critério objetivo do homem médio [...]: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino.

Em seu turno, alerta Cavalieri Filho (2009, p. 83) sobre o risco da “industrialização” do dano moral, “onde o aborrecimento banal ou a mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias”. É fundamental, portanto, que a ponderação das realidades da vida, devendo o juiz, frente ao caso concreto, “seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da concepção ético-jurídica dominante na sociedade”.

A gravidade do dano deve ser medida por um padrão objetivo, considerando as circunstâncias de cada caso. Tal gravidade será apreciada em função da tutela do direito, devendo o dano ser grave a ponto de justificar a concessão de uma satisfação de cunho pecuniário ao lesado (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 83).

Posto isso, conclui-se, a partir da obra de Cavalieri Filho (2009, p. 83), que somente se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou a humilhação capaz de ofender a dignidade e interferir de forma anormal no comportamento psicológico do ofendido, causando-lhe aflições e desequilíbrio em seu bem-estar. O simples aborrecimento do cotidiano ou a sensibilidade exacerbada não fazem parte do campo do dano moral. Caso assim não se entenda, o dano moral acabará sendo banalizado, ensejando ações judiciais sem fundamento.

3.4.3.2.1. A prova do dano moral

O dano moral é um dano intangível, imaterial, não é algo concreto. Portanto, a prova do dano moral não pode ser feita por meio dos mesmos métodos utilizados para a comprovação do dano patrimonial. Seria uma “demasia [...] exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria como

demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 86). Se assim fosse, não haveria como acolher o pleito indenizatório por falta de provas instrumentais.

Dessa forma, o dano moral dispensa prova em concreto, visto que “se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*” (GONÇALVES, 2011, p. 389). É o que ensina Cavalieri Filho (2009, p. 86):

Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum.

Assim sendo, é que pode se dizer, por exemplo, que “provada a perda de um filho, do cônjuge, ou se outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum”. Do mesmo modo, se restar comprovado que o lesado teve o seu “nome alvitado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 86).

Por isso, o dano moral encontra-se *in re ipsa*, por decorrer, consoante Cavalieri Filho (2009, p. 86), da gravidade do fato ofensivo, de forma que, comprovado tal fato, resta comprovado o dano moral.

3.4.3.2.2. *Quantificação e arbitramento do dano moral*

A quantificação do dano moral é um problema no mundo jurídico devido à “proliferação de demandas, sem que existam parâmetros para a sua estimação”. Em todas as ações judiciais que discutem danos morais, “o juiz defronta-se com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado” (GONÇALVES, 2011, p. 397).

Sustenta Cavalieri Filho (2009, p. 91) que, após a Constituição de 1988 o método mais eficiente para se fixar o dano moral consiste no arbitramento judicial, não havendo tabela ou tarifa a ser observada para fixação da quantia indenizatória. Desse modo, deve o juiz, segundo

seu arbítrio, estipular um valor a título de ressarcimento pelo dano moral, atentando-se sempre para a possibilidade econômica do agente causador e para a repercussão do dano.

Nessa esteira, defende Diniz (2011, p. 115) que “na reparação do dano moral o juiz deverá apelar para o que lhe parecer equitativo ou justo, mas ele agirá sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização”.

Assevera Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 399) que o magistrado determina a quantia indenizatória levando em conta: as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação patrimonial das partes, a extensão e repercussão da ofensa.

Ainda, lembra o autor que, em que pese a indenização ser medida, em regra, pela extensão do dano, e não pela culpa, quando se trata de dano moral, o grau de culpa é considerado, juntamente com a gravidade e a intensidade do sofrimento gerado à vítima. Assim, a culpa concorrente do ofendido constitui fator de atenuação da responsabilidade do lesante, enquanto que o proveito obtido pelo ofensor com a prática do ato ilícito é um agravante. Destaca-se que a ausência de eventual vantagem não isenta o lesante da obrigação de reparação civil.

Por fim, atenta-se que, na fixação do quantum, cabe ao juiz aplicar o princípio “de que dano não pode ser fonte de lucro”. A indenização “deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa”. E para que isso seja evitado, a decisão judicial deve ser razoável, sensata e proporcional (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 93). Isto é, a decisão precisa conter os motivos determinantes ao julgador, os meios escolhidos para os fins visados e a sanção proporcional ao dano, considerando a reprovabilidade da conduta ilícita, duração do sofrimento, condições sociais das partes e todas as outras circunstâncias relevantes ao caso.

3.4.3.2.3. Natureza jurídica da reparação por dano moral

Apesar de ainda existir controvérsias, tem prevalecido na doutrina o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem, no mínimo, um caráter duplo: compensatório para o lesado e punitivo para o agente causador do dano. Isso porque ao passo que “serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para a atenuação do sofrimento havido”,

também atua “como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem” (GONÇALVES, 2011, p. 395).

O mesmo entendimento é o de Maria Helena Diniz (2011, p. 125):

[...] a reparação do dano moral não tem apenas a natureza penal, visto que envolve uma satisfação à vítima, representando uma compensação ante a impossibilidade de se estabelecer perfeita equivalência entre dano e o ressarcimento. A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória. Não se pode negar sua função: a) penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois como dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada.

Embora se diga reparação, ante o exposto, nota-se que a condenação em dinheiro constitui, na verdade, uma satisfação ou compensação. Entregar ao ofendido uma soma pecuniária configura um meio de lhe oferecer oportunidade de obter uma compensação de qualquer espécie, seja moral, intelectual ou material, de modo que tal quantia em dinheiro amenize a amargura da ofensa e o desejo de vingança (PEREIRA, 1992, 315-316).

Cabe destacar, ainda, que, recentemente, grande parte da doutrina, especialmente por meio de artigos jurídicos, vem reconhecendo uma terceira função da reparação por dano moral, a de prevenção. Ou seja, além de punir e compensar, a reparação do dano teria a função de dissuadir o ofensor a cometer novamente o mesmo ato ilícito e de prevenir que qualquer outra pessoa pratique conduta ilícita semelhante. O caráter preventivo reflete na sociedade em geral, “que é advertida por meio da reação da justiça frente à agressão dos direitos da personalidade”. Em virtude desse efeito que acaba por ensinar à sociedade quais condutas serão sancionadas, caso cometidas, tal função também é denominada de pedagógica (FAVARETTO, 2014).

Nessa linha, aduz Noronha (2003, p. 437) que essa função é “paralela à função sancionatória e, como esta, tem finalidades similares às que encontramos na responsabilidade penal, desempenhando [...] funções de prevenção geral e especial”. Acredita o autor que, ao obrigar o ofensor “a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, não só pela mesma pessoa como sobretudo por quaisquer outras. Isto é importante especialmente no que se refere a danos que podem ser evitados (danos culposos)”.

Diante disso, pode-se afirmar que a natureza jurídica do dano moral alcançou um caráter tríplice. A última função descrita terá um importante papel na discussão acerca da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família, assunto que será abordado mais adiante.

3.4.3.2.4. Incapazes como vítimas do dano moral

Como anteriormente discutido, o dano moral não está necessariamente vinculado a uma reação psíquica da vítima, mas sempre à ofensa da dignidade da pessoa e seus direitos de personalidade. Portanto, “abre-se espaço para o reconhecimento do dano moral em relação a várias situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como se dá com doentes mentais [...], crianças de tenra idade e outras situações tormentosas” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 80), uma vez que o respeito à dignidade humana é um direito de todos e, quando violada, merece o ofendido, independentemente de quem esse seja, justa compensação.

No entanto, a possibilidade de crianças e amentais serem vítimas de dano moral ainda é um tema controvertido. Felizmente, a maioria da doutrina já a reconhece.

Afirma Maria Helena Diniz (2001, p. 252), por exemplo, que, por meio de seus representantes legais, poderão os menores impúberes e os loucos, na qualidade de principais vítimas de dano moral, proporem ação judicial pleiteando reparação, visto que “apesar de carecerem de discernimento, o ressarcimento do dano não é considerado como a reparação do sentimento, mas como uma indenização objetiva de um bem jurídico”.

Frisa Gonçalves (2011, p. 384), todavia, ser necessário examinar caso a caso, especialmente em casos de vítima menor, em razão de cada uma sentir e reagir de uma maneira. Embora a criança e o deficiente mental possam não entender o significado de um xingamento ou outra espécie de ofensa, “evidentemente experimentarão um grande transtorno, constrangimento e incômodo se, em virtude de algum acidente ou ato praticado pelo causador do dano, ficarem aleijados ou deformados por toda a vida, obrigados, por exemplo, a usar cadeira de rodas, ou se perderem o sentido da visão”.

Ainda, faz-se mister analisar, de acordo com o jurista, o estado de consciência dessas pessoas antes e depois do fato danoso, principalmente quando são permanentes os seus efeitos, examinando também, em cada hipótese, as características pessoais da vítima e a espécie de lesão. A ausência da mãe ou do pai, por morte, por exemplo, “pode, perfeitamente, ser

lamentada pelas crianças, mesmo de pouca idade, e pelos amentais, dotados muitas vezes de grande afetividade”, malgrado não tenham discernimento suficiente para entenderem o alcance de uma ofensa.

Posto isso, verifica-se que o reconhecimento do dano moral por lesão ou ofensa aos incapazes deve ocorrer a partir do exame de cada caso concreto, averiguando as circunstâncias e as condições do ofendido. Não há como estabelecer, previamente, critérios padronizados, tendo em vista a necessidade de analisar, nas situações específicas que envolverem essas pessoas, os pressupostos objetivos e subjetivos que formam o instituto da reparação civil por dano moral (GONÇALVES, p. 2011, p. 384).

3.5. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E O ABUSO DE DIREITO

Conforme já ressaltado, a responsabilidade civil, quanto à forma que foi praticado o ato, se divide em subjetiva e objetiva. A diferença entre as duas consiste na necessidade da conduta ser culposa na primeira e a indiferença quanto a isso na segunda. Desse modo, verifica-se que os pressupostos da responsabilidade civil objetiva são os mesmos que aqueles apontados na responsabilidade civil subjetiva, com exceção do elemento “culpa” na conduta do agente.

O Código Civil de 2002 ajustou-se à evolução da responsabilidade civil, consagrando a responsabilidade civil objetiva em extensas cláusulas gerais, como: o abuso de direito (artigo 187); exercício de atividade de risco ou perigosa (artigo 927, parágrafo único); danos causados por produtos (artigo 931); responsabilidade por fato de outrem (artigo 932 c/c artigo 933); responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (artigos 936, 937 e 939); e responsabilidade dos incapazes (artigo 928).

Para os fins do presente estudo, focar-se-á na discussão acerca do abuso de direito, o qual tem aplicação em quase todos os campos do direito, inclusive no âmbito das relações familiares e, consequentemente, enseja reparação civil.

A primeira cláusula geral de responsabilidade civil objetiva encontra-se no artigo 187 conjugado com o artigo 927, ambos do Código Civil. O artigo 187 prevê que há o abuso de direito nos termos: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Logo, o abuso de direito constitui também um ato ilícito, além daquele conceituado

no artigo 186, e quem o praticar fica igualmente obrigado a indenizar, consoante disposto no artigo 927.

3.5.1. Teorias sobre o abuso de direito

Duas teorias, aponta Cavalieri Filho (2009, p. 152), definem o abuso de direito. Para a teoria tradicional, que é a subjetiva, “haverá abuso de direito quando o ato, embora amparado pela lei, for praticado deliberadamente com o interesse de prejudicar alguém”. Por outro lado, a teoria objetiva defende que o abuso de direito consiste no “uso anormal do direito ou antifuncional do direito”, não sendo necessária a consciência do agente que, ao exercer seu direito, excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico. A segunda teoria é a que será adotada neste trabalho.

3.5.2. O abuso de direito

Como visto, a doutrina do abuso do direito não exige que o agente infrinja culposamente um dever preexistente para que seja obrigado a indenizar o dano que causou. O ofensor, assim, mesmo agindo dentro do seu direito, pode, em alguns casos, ser responsabilizado (GONÇALVES, 2011, p. 66-67).

Nessa senda, considera-se que:

O abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem. Aquele que exorbita no exercício de seu direito, causando prejuízo a outrem, pratica ato ilícito, ficando obrigado a reparar. Ele não viola os limites objetivos da lei, mas, embora os obedeça, desvia-se dos fins sociais a que esta se destina, do espírito que a norteia. (RODRIGUES apud GONÇALVES, 2011, p. 68).

O artigo 187 do Código Civil considera, como já demonstrado, que abusa do direito aquele que o exerce excedendo manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Acerca da expressão “excede manifestamente”, cumpre-se dizer que essa está inserida no texto legal para impedir o subjetivismo dos juízes. Isto é, entendendo que o abuso de direito se configura quando esse é exercido de forma anormal, “caberá ao julgador apontar, em

cada caso, os fatos que tornam evidente o abuso de direito, com o que se evitará a temida arbitrariedade, ou o cerceamento do legítimo exercício do direito” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 155).

Já quanto aos limites estabelecidos no artigo 186, os quais são o fim econômico ou social, a boa-fé, e os bons costumes; esses devem ser examinados separadamente. Os fins econômico e social são, de acordo com Cavalieri Filho (2009, p. 156), “limites específicos a serem preenchidos caso a caso, tendo em conta o resultado da incidência das normas constitutivas do direito sobre a realidade concreta em que ele é exercido”. A boa-fé e os bons costumes são “limites gerais, que devem ser respeitados no exercício de todo e qualquer direito subjetivo”.

O fim econômico consiste em um “proveito material ou vantagem que o exercício do direito trará para o seu titular, ou a perda que suportará pelo seu não-exercício. Não mais se concebe o exercício do direito que não se destine a satisfazer um interesse sério e legítimo” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 156). Esse fim tem grande importância no Direito das Obrigações, especialmente na área contratual.

Por sua vez, o fim social do Direito é assim resumido por Cavalieri Filho (2009, p. 159): “Toda sociedade tem um fim a realizar: paz, a ordem, a solidariedade e a harmonia da coletividade – enfim, o bem comum. E o Direito é o instrumento de organização social para atingir essa finalidade. Todo direito subjetivo está, pois, condicionado ao fim que a sociedade se propôs”.

No campo do Direito de família, o abuso do poder familiar serve como exemplo de um exercício de direito que excede os limites do fim social. A finalidade do poder familiar é atribuir aos pais a necessária autoridade para educar e oferecer assistência aos seus filhos. Quando os pais se utilizam dessa autoridade para limitar indevidamente a liberdade do filho ou puni-lo sem razão estão abusando do direito-dever que a lei lhes conferiu (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 160).

No que se diz respeito à boa-fé, nota-se que o Código Civil se refere àquela objetiva ou normativa, como denota Cavalieri Filho (2009, p. 160), sendo considerada a conduta “adequada, correta, leal e honesta que as pessoas devem empregar em todas as relações sociais”. Acrescenta o autor que:

Três são as funções da boa-fé objetiva no atual Código Civil: a) função interpretativa – regra de interpretação dos negócios (art. 113); b) função integrativa – fonte de deveres anexos dos contratos (art. 422); c) função de controle – limite ao exercício dos direitos subjetivos (art. 187). Em sua função de controle, que aqui nos interessa, a boa fé

representa o padrão ético de confiança e lealdade indispensável para a convivência social. As partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Essa expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indispensável na vida de relação. Conforme já destacado, a boa-fé, em sua função de controle, estabelece um limite a ser respeitado no exercício de todo e qualquer direito subjetivo. E assim é porque a boa-fé é o princípio cardeal do Código Civil de 2002, que permeia toda a estrutura do ordenamento jurídico, enquanto forma regulamentadora das relações humanas.

Diante disso, espera-se que, como em todas as outras áreas, a boa-fé objetiva norteie as condutas praticadas nas relações familiares.

Por fim, no que tange aos bons costumes, esses compreendem “as concepções ético-jurídicas dominantes na sociedade; o conjunto de regras de convivência que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e corretas praticam”. O abuso ocorrerá quando o agente contrariar a ética dominante ou “os hábitos aprovados pela sociedade, aferidos por critérios objetivos e aceitos pelo homem médio” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 162). Sintetiza Fontanella (2011) que os bons costumes são as condutas da sociedade reiteradas como regra.

Conclui-se, então, que o abuso de direito é uma cláusula aberta do Código Civil, podendo ocorrer em todas as áreas do Direito. Quem o pratica comete ato ilícito e, causando dano, tem o dever de indenizar o lesado, cabendo ao magistrado verificar caso a caso quando o abuso ocorre para impor à obrigação de reparar ao ofensor.

3.6. RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Apresentados os elementos da responsabilidade civil relevantes para este trabalho, passa-se agora a tratar da responsabilidade civil aplicada no Direito de Família.

O pensamento jurídico tradicional do passado acreditava, consoante descreve Patrícia Fontanella¹⁴ (2011), que, no âmbito da família, a aplicação da responsabilidade aquiliana ocorria apenas para socorrer as hipóteses de dolo e culpa referentes à violação dos deveres do cônjuge nas relações de casamento.

¹⁴ Segundo aula lecionada por Patrícia Fontanella cujo conteúdo consistia no tema Responsabilidade Civil no Direito de Família, transmitida via internet no canal da TV Justiça do Brasil. Fonte bibliográfica: BRASIL. TV Justiça do. **Direito de Família e Sucessões - Responsabilidade Civil no Direito de Família - Patrícia Fontanella (6 vídeos) - Saber Direito**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=25328.31492&seo=1>>. Acesso em: 06 nov. 2014.

Essa posição acerca da responsabilidade civil no Direito de Família surgiu quando a separação litigiosa ainda era prevista no ordenamento jurídico, onde se imputava a culpa pela separação ao outro cônjuge. Assim, quando os deveres conjugais expressamente previstos no Código Civil eram, culposamente ou dolosamente, violados e geravam consequências danosas, a legislação previa que o cônjuge vítima fosse reparado. Em virtude da discussão da culpa, ensinava-se, portanto, automaticamente, a possibilidade de reparação por danos morais (FONTANELLA, 2011).

Com a emenda 66 de 2010 na Constituição¹⁵, a doutrina majoritária, bem como os tribunais, considerou extinta a separação judicial, passando a reconhecer apenas a figura do divórcio e sem a necessidade de identificar os motivos que faziam o casal a requerê-lo. Desse modo, a discussão acerca de culpa no casamento vinculada à violação dos deveres conjugais, hoje previstos no artigo 1566 do Código Civil, deixou de existir para a maioria dos doutrinadores e tribunais (FONTANELLA, 2011).

Em que pese pequena parte da doutrina defender que ainda exista essa responsabilidade civil específica baseada na culpa do cônjuge, a discussão no mundo jurídico, atualmente, gira em torno da aplicação da responsabilidade civil extrapatrimonial genérica, ou seja, da possibilidade de indenização por danos morais dentro da seara da família como ocorre em qualquer área do Direito, independentemente de haver uma relação familiar entre a vítima e o ofensor.

A corrente que vem ganhando força nos últimos anos defende ser perfeitamente aplicável o instituto da responsabilidade civil geral no Direito de Família, sustentando que a obrigação de indenizar, prevista no artigo 186 combinado com o artigo 927, ambos do Código Civil, em razão de ser uma cláusula genérica, deve ser reconhecida sempre que presentes seus pressupostos. Logo, a falta de disposição específica na legislação sobre reparação dos danos dentro do âmbito familiar não causa influência alguma (WITZEL, 2013).

O mesmo é o entendimento da professora Fontanella (2011), a qual sustenta que a reparação civil gerada por danos extrapatrimoniais pode ocorrer em todas as relações familiares, fundamentando-se no artigo 186, o qual é totalmente aplicável no Direito de Família por seu caráter genérico. Assim, a conduta praticada por um membro da família que causar dano a outro

¹⁵ Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

membro será caracterizada como ato ilícito, e tal conduta ensejará a responsabilidade civil que decorre do artigo 186. Seguir-se-á, portanto, a regra geral da responsabilidade civil subjetiva como em qualquer outro tipo de relação.

O reconhecimento dessa responsabilidade civil por dano moral no âmbito da família é a consequência da evolução e sofisticação do Direito de Família ao longo das últimas décadas. Sobre o assunto, discorre Venosa (2014, p. 317):

Quando determinada área do direito atinge certo patamar de sofisticação e passa a gozar de princípios próprios, é natural que seja cercada de especificidade para as soluções do dever de indenizar. É o que ocorre com o Direito de Família. Em sede de família, em síntese, busca-se a tutela da personalidade e, conseqüentemente, da dignidade humana. Os valores da família, mais acentuadamente que outros quadrantes do Direito, são dinâmicos e mutantes por essência. Porém, nestas últimas décadas sofreram modificações mais sensíveis. Hoje fala-se de um direito geral da personalidade, de molde a garantir o respeito mútuo e recíproco em sociedade: desse modo, impõe-se que seja reconhecido um feixe de direito que proteja esses aspectos e reprima as distorções. É fato que a responsabilidade aquiliana, e especificamente o dever de indenizar no direito contemporâneo, deixou de representar apenas uma reposição patrimonial de prejuízo ou uma jurisprudência dirigida a esse sentido, deslocando-se para um campo cada vez mais axiológico ou de valores existenciais que se traduzem, no seu cerne, na possibilidade de indenização do dano exclusivamente moral. Para esse quadro concorre definitivamente a Constituição de 1988, um marco e divisor de águas no direito privado brasileiro. É indubitável que a responsabilidade civil em sede de direito de família decorre de toda essa posição porque, em última análise, ao se protegerem abusos dos pais em relação aos filhos, ou vice-versa, de um cônjuge ou companheiro em relação ao outro, o que se protege, enfim, são os direitos da personalidade e a dignidade do ser humano.

À medida que se compreende o conceito da “dignidade da pessoa humana e se lhe dá o devido desdobramento na definição dos correspondentes direitos da personalidade, logo se percebe o aumento das hipóteses de ofensa a tais direitos, e se ampliam as oportunidades para a existência do dano”. Essa análise é fundamental ao Direito que tutela a família, “a menor célula social em que a pessoa convive, porque no seu seio sempre se deu prevalência à instituição da família, ainda que com o sacrifício eventual do interesse da pessoa” (AGUIAR JÚNIOR, 2007, 303-304).

Lembra o ex-ministro do STJ, Aguiar Júnior (2007, p. 304), que a Constituição atual não mais enaltece “a subordinação da pessoa aos interesses da família, mas sim realça o valor da pessoa humana que participa da família, os cônjuges, companheiros, pais, filhos, parentes, ainda que possa afrouxar o laço familiar”. E prossegue o jurista, exemplificando:

Enquanto a legislação do início do século XX criava presunções absolutas sobre a paternidade e impedia a busca do seu reconhecimento ou de sua negação para a proteção da família, a tendência de hoje para atender ao princípio da dignidade da pessoa, na qual se inclui o direito de saber quem são os pais e quais são os filhos, é a de admitir as ações

que levam à verdade real, com estreitamento das hipóteses de decadência e flexibilização do princípio da coisa julgada.

Sendo assim, havendo transgressão dos direitos da personalidade, ainda que no núcleo da família, não se pode negar ao lesado a possibilidade de reparação do dano moral. Essa reparação, embora pecuniária, não busca, conforme leciona Branco (2006, p. 115), “qualquer vantagem patrimonial em benefício da vítima, revelando-se na verdade como forma de compensação diante da ofensa recebida, que em sua essência é de fato irreparável”.

Consoante abordado anteriormente, a reparação do dano moral no campo da família procura também compensar a ofensa da vítima como nos outros casos de responsabilidade civil. Além disso, atua ao mesmo tempo “em seu sentido educativo, na medida em que representa sanção aplicada ao ofensor, irradiando daí o seu efeito preventivo” (BRANCO, 2006, p. 115).

Essa função educativa ou pedagógica, como apontou Fontanella (2011), seja, talvez, no Direito de Família, a mais importante, uma vez que a condenação de reparar os danos causados influencia no inconsciente coletivo e previne que outros pratiquem condutas danosas em seus ambientes familiares, evitando, assim, que novos tristes casos de abandono afetivo ou alienação parental, por exemplo, continuem surgindo. Afinal, um filho, um pai, um cônjuge ou um companheiro, certamente, preferem, ao invés de recorrer à justiça em busca de tentar reparar algo irreparável, não sofrerem quaisquer danos causados por seus próprios familiares.

Embora a responsabilidade civil deva ser aplicada no âmbito familiar, cumpre aduzir que a banalização das indenizações nesse meio também deve ser evitada, restando ao magistrado saber conduzir as peculiares ações judiciais que envolvem a ocorrência de dano moral causada por um ente familiar e sofrida por outro.

Por derradeiro, ressalta-se que continua tímida a aplicação da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares. Por um lado, o Judiciário não é pacífico quanto à possibilidade de indenização dentro do núcleo familiar, por outro lado há o constrangimento de alguém ingressar com uma ação indenizatória para exigir reparação por danos morais ou materiais contra outra pessoa de sua própria família.

Nos últimos anos, contudo, vem crescendo o número de ações de responsabilidade civil no contexto familiar, como nos casos de abandono afetivo em que os pais são obrigados a reparar civilmente os danos que causaram a seus filhos que cresceram sem receber afeto. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em 2012, manteve a concessão de indenização por dano

moral à vítima de abandono afetivo, condenando um pai a pagar a sua filha o valor pecuniário de 200 mil reais. O caso em apreço corresponde ao julgamento do REsp 1.159.242/SP¹⁶, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, cujo voto condutor afirmou que o abandono afetivo constitui descumprimento do dever legal de cuidado, criação, educação e companhia, presente, implicitamente, no artigo 227 da Constituição Federal, omissão que caracteriza ato ilícito passível de compensação pecuniária. A decisão, em abril deste ano, foi mantida pela Segunda Seção do STJ, em julgamento dos Embargos de Divergência do Recurso Especial.

Posto isso, conclui-se que não há como o Direito de Família – o qual passou a centralizar seus esforços na busca pela valorização da pessoa e pela proteção de sua dignidade humana, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 – permitir que pessoas ainda sofram violações a seus direitos de personalidade e, conseqüentemente, danos morais, dentro do contexto familiar, sob o velho discurso de proteção da instituição da família em detrimento dos direitos fundamentais da pessoa. Faz-se mister, então, que o instituto da responsabilidade civil atue cada vez mais nas relações familiares, sem, no entanto, haver a banalização do dever de indenizar.

¹⁶ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.

4. A ALIENAÇÃO PARENTAL E A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A alienação parental é um problema antigo e recorrente nos núcleos familiares, sendo bastante discutido na atualidade, especialmente após o advento da Lei 12.380/2010, que dispõe acerca da identificação dos atos de alienação parental, bem como os meios de impedir a sua ocorrência e de punir o alienador.

A prática da alienação parental, conforme se verá ao longo deste capítulo, acarreta em consequências negativas nas vidas do filho e do genitor alienado, os quais podem sofrer danos, por deveras vezes, irreversíveis.

Assim, faz-se fundamental a aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares que envolvam o exercício da alienação parental para que as vítimas dessa cruel conduta sejam compensadas, de alguma forma, por seus danos sofridos, obrigando aquele que praticou a alienação a indenizá-las.

4.1. IDENTIFICANDO A ALIENAÇÃO PARENTAL E A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental, em regra, decorre das disputas judiciais nos processos de separação de um casal.

Na maioria das vezes, a separação de um casal produz efeitos traumáticos, gerando, em um dos parceiros ou em ambos, um sentimento de abandono, rejeição e traição. Assim, aquele que não consegue desenvolver adequadamente o luto da separação inicia um processo de destruição, de desmoralização e de descrédito do ex-parceiro, usando os filhos do casal como “instrumentos de agressividade” direcionados a esse antigo companheiro ou cônjuge. O genitor amargurado cria uma série de situações e narrações, uma verdadeira “lavagem cerebral”, visando a dificultar ou a impedir a relação do outro genitor com seus filhos, como forma de vingança. Esse processo de afastamento é que vem sendo identificado como alienação parental, sendo realizado, geralmente, pelo genitor guardião contra o não guardião que ainda tem interesse em conviver com seus filhos após o fim da vida conjugal (DIAS, 2010, p. 455).

Os filhos que sofrem com a alienação parental praticada por um genitor, conseqüentemente, acabam rejeitando e odiando o outro genitor, como planejava o alienante. Desse modo, da alienação parental decorre a síndrome da alienação parental, a qual diz respeito “às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer” o filho vítima do alijamento. O infante que sofre da síndrome passa a recusar obstinadamente a ter contato com um dos progenitores, contribuindo espontaneamente com insultos injustificados e exacerbados contra o genitor alienado (FONSECA, 2006, p. 164).

Em que pese sempre ter ocorrido casos de alienação parental entre casais em litígio, a primeira definição da Síndrome da Alienação Parental (SAP) foi apresentada somente em 1985, por Richard Gardner, professor de psiquiatria clínica da Universidade de Columbia. No conceito elaborado pelo professor, a SAP é um fenômeno “da combinação de lavagem cerebral com contribuições da própria criança, no sentido de difamar o genitor não guardião, sem qualquer justificativa, e seu diagnóstico é adstrito aos sintomas verificados no menor” (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 42).

Explicam Madaleno e Madaleno (2014, p. 42) acerca da alienação parental e a conseqüente síndrome:

Trata-se de uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando, assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante. Essa campanha contra o genitor que não possui a guarda do menor, chamado alienado, pode ser intentada de várias formas, em que o genitor dito alienante pode passar a destruir a imagem do outro perante comentários sutis, desagradáveis, explícitos e hostis, fazer com que a criança se sinta insegura em sua presença, como no caso da visitação, ao ressaltar que o infante se cuide ou que telefone se não se sentir bem, obstaculizar as visitas ou mesmo ameaçar o filho – ou ameaçar atentar contra sua própria vida – caso a criança se encontre com o pai.

A criança que padece da síndrome da alienação parental não deseja manter qualquer tipo de contato com um dos genitores, independentemente de razão ou de motivo plausível. Segundo Fonseca (2006, p. 163), há um sentimento de rejeição exacerbado que leva a um irreversível afastamento do genitor alienado com gravíssimas conseqüências de ordem comportamental e psíquica.

Os vínculos dos filhos com os pais vítimas do alienamento, sustenta a psicóloga jurídica Denise Maria Perissini da Silva (2009, p. 51), são irremediavelmente destruídos pela

Síndrome de Alienação Parental a partir da sensação de desapego ao pai ausente. Os filhos alienados acabam apresentando sintomas psicossomáticos e psicológicos derivados, não da separação em si, mas da perda do vínculo com o genitor ausente.

4.1.1. O processo de alienação parental

O alienamento dos filhos em relação a um dos genitores, via de regra, é motivado pelo espírito de vingança em razão do inconformismo pelo fim do relacionamento. O desejo de retaliação, a busca pela posse exclusiva da prole, o sentimento de solidão e de depressão e a insatisfação com a nova situação econômica e social são os principais fatores que desencadeiam o processo de alienação parental, levando o filho do casal a odiar o genitor alienado após uma constante campanha de destruição de sua imagem, que podem envolver ameaças, mentiras, xingamentos e, até mesmo, denúncias falsas de maus tratos ou de abuso sexual.

Consoante Rolf Madaleno e Ana Carolina Carpes Madaleno (2014, p. 45), a alienação é obtida através de um trabalho ininterrupto e duradouro, na maioria das vezes silencioso e sutil, por parte do genitor alienador, sendo essa uma estratégia da alienação, cujo objetivo é gradualmente eliminar os vínculos afetivos entre o filho e o progenitor alienado.

Descrevem tais autores (2014, p. 45) que “para dispor do maior tempo possível com os filhos, o genitor alienante passa a obstaculizar as visitas, muitas vezes de maneira inocente, como se tivesse protegendo o menor, com evasivas, dizendo que a criança está doente, não podendo, então, sair de casa”. Além disso, passa a arranjar repentinamente aniversários de colegas ou visitas inesperadas de amigos ou parentes. Nesse contexto, o pai alienador também relata falsamente que o filho não se sentiu bem após a última visita, e de que o genitor alienado não é capaz de cuidar do menor sozinho, ou que a criança necessita adaptar-se à nova situação. “A mensagem dirigida aos filhos é que é desagradável ir conviver com o outro genitor” (SILVA, 2009, p. 57).

Em outros momentos, o alienante usa argumentos mais fortes, fazendo chantagem emocional ao afirmar, por exemplo, “que ficará muito triste e sozinho se o menor encontrar o outro genitor, e que tal atitude seria uma traição; de modo mais grave ainda, alguns pais chegam a ameaçar suicídio caso a indefesa criança se relacione com o outro genitor” (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 45).

Acerca do tema, Silva (2009, p. 55) elenca os principais comportamentos do genitor no processo de alienação: recusa-se a passar as chamadas telefônicas aos filhos; organiza atividades com os filhos durante o período em que outro genitor deve exercer o direito de visitas; apresenta o novo parceiro ao filho como novo pai ou nova mãe; intercepta a correspondência dos filhos; desvaloriza e insulta o outro genitor na presença dos filhos; não fornece informações ao outro genitor acerca das atividades extraescolares; envolve pessoas próximas na lavagem cerebral; toma decisões importantes a respeito dos filhos sem consultar o outro genitor; ameaça punir os filhos se eles telefonarem, escreverem ou se comunicarem com o outro genitor de qualquer maneira; culpa o outro genitor pelo mau comportamento dos filhos; telefona frequentemente sem razão aparente para os filhos durante as visitas do outro genitor.

A autora Maria Berenice Dias (2006) discorre que no processo de alienação parental o genitor alienador “monitora o tempo todo o filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele. A criança, que ama o seu genitor, é levada a afastar-se dele, que também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos”. Dessa forma, pode-se dizer que o filho, como relata Dias:

Restando órfão do genitor alienado, acaba identificando-se com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado. O detentor da guarda, ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total. Tornam-se unos, inseparáveis. O pai passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. Este conjunto de manobras confere prazer ao alienador em sua trajetória de promover a destruição do antigo parceiro. Neste jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas [...].

A campanha de destruição da imagem do genitor no processo de alienação também se utiliza dos próprios processos judiciais de separação, como quando o alienador, que possui o controle financeiro da família, diz ao filho que o outro genitor não paga a sua pensão alimentícia, embora seja mentira (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 45).

4.1.1.1. As denúncias falsas de abuso sexual no processo de alienação

A arma mais perigosa e perversa de quem pratica alienação parental é a falsa denúncia de abuso sexual, a qual é uma tática comum para impedir as visitas, principalmente, quando outras táticas são ineficazes. Como alertam Madaleno e Madaleno (2014, p. 45), a denúncia de abuso sexual consegue eliminar de vez a visitação ou, no mínimo, irá impedi-la por

período suficiente para que se programem falsas memórias na consciência do filho que acabarão provocando sua alienação.

Na narrativa de ter havido abuso sexual ou tentativa de aproximação incestuosa, aponta Dias (2010, p. 45):

O filho é convencido da existência de determinados fatos e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem o alienador distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, as falsas memórias.

A partir da denúncia, o judiciário se encontra em uma complicada situação: por um lado, o magistrado deve tomar uma atitude rápida para impedir a continuidade do abuso, enquanto que por outro lado, há o receio de que a criança fique privada de conviver com o genitor, caso a acusação seja falsa, acabando com a relação entre pai e filho de modo injusto. Quando há a dúvida acerca da veracidade da ocorrência do abuso sexual, o juiz, em busca da proteção integral do menor, determina a realização de estudos sociais e psicológicos. Contudo, uma vez que esse período de procedimentos periciais é demorado, a convivência entre pai acusado e filho cessa durante um longo tempo, em virtude de o magistrado ser obrigado a provisoriamente reverter a guarda ou suspender as visitas (DIAS, 2010, p. 456).

Esse período de afastamento beneficia o genitor alienador, que, com o controle total da criação do filho sem a interferência do alienado, consegue melhor atingir a psique do filho, ampliando os efeitos da alienação parental.

Infelizmente, o resultado da série de avaliações, testes e entrevistas, por vezes não é conclusivo. Assim, questiona Dias (2010, p. 456): “manter ou não as visitas, autorizar somente as visitas acompanhadas ou extinguir o poder familiar. Enfim, manter o vínculo de filiação ou condenar o filho à condição de órfão de pai vivo?”.

Ante a dificuldade de comprovação dos episódios denunciados, fundamental que o magistrado tome cautelas ainda maiores, devendo averiguar se há outros sintomas que possibilitem identificar a síndrome da alienação parental e que a acusação de abuso foi realizada por espírito de vingança, como modo de eliminar o relacionamento do filho com o genitor. Mister, portanto, que o juiz se capacite a fim de poder reconhecer a existência de um sentimento de ódio exacerbado que leva, por vingança, o pai alienador a programar o filho para reproduzir

falsas denúncias com o objetivo de afastar a criança de seu outro genitor (DIAS, 2010, p. 456-457).

As denúncias falsas de abuso sexual e a criação de falsas memórias é que constituem o verdadeiro abuso contra o filho, o qual passa a enfrentar uma crise de lealdade, comprometendo a sua saúde emocional e seu desenvolvimento sadio. Ainda, na fase adulta, o filho poderá se sentir culpado quando constatar que foi cúmplice de uma grave injustiça (DIAS, 2010, p. 457).

4.1.1.2. Fases da prática de alienação parental

Faz-se essencial distinguir as fases da prática da alienação parental, as quais se iniciam com situações de eventual alienação e terminam no mais grave estágio de abuso emocional e psicológico, cujas ações configuram a síndrome de alienação parental praticamente irreversível.

No primeiro estágio da alienação parental, considerado leve, a campanha de difamações existe, porém com pouca frequência. Os atos de difamação da imagem são vistos como naturais pelos pais, apesar de reconhecerem que o conflito afeta seus filhos, havendo a possibilidade de uma decisão judicial apaziguar os ânimos dos genitores. Os menores ainda se mostram afetivos com o genitor alienado e as visitas ocorrem quase sem problemas (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 46). “A animosidade ainda não se estende à família do pai alienado e os vínculos emocionais com ambos os pais ainda são fortes, como eram durante a convivência familiar”, afirmam Madaleno e Madaleno (2014, p. 46).

No segundo grau, o tipo médio ou moderado, de acordo com Madaleno e Madaleno (2014, p. 46), as agressões tornam-se consistentes, reunindo emoções e desejos do filho e do genitor alienante que cria uma relação particular entre eles. “A criança começa a sentir a contradição (ambiguidade) de sentimentos: ama o outro pai (alienado), mas sente que precisa evitá-lo para não desagradar o alienador” (SILVA, 2009, p. 76-77).

Além disso, os sintomas da síndrome de alienação parental começam a surgir. Para Madaleno e Madaleno:

Aparecem os primeiros sinais de que um genitor é bom e o outro é mau, o menor tem pensamento dependente, defendendo com entusiasmo o progenitor alienante, porém, por vezes, pode ainda apoiar o pai alienado. As situações emprestadas começam a aparecer, dando mostras de que a criança se inclina para um genitor, causando frustração no outro.

Assuntos processuais também passam a ser frequentes, as visitas começam a sofrer interferências, provocadas por denúncias ou fatores como doenças, festas, atividades escolares, entre outros, que coincidem sempre com os dias de visitação.

O vínculo afetivo entre filho e genitor alienado acaba se deteriorando, havendo o distanciamento qualitativo entre o filho e o progenitor alienado, como também da família do alienado. O menor passa a enxergar o retorno à residência do guardião como solução dos problemas (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 47).

Por derradeiro, a terceira fase, denominada de grave ou severa, é quando há a concreta instauração da síndrome de alienação parental. Caso ainda ocorram as visitas, elas são repletas de difamações, ódio, provocações, crises de choro e pânico, que acabam impedindo a continuidade da visitação. Segundo Madaleno e Madaleno (2014, p. 47), “o ódio com relação ao genitor não guardião é extremo, sem ambivalências e sem culpa, seus diálogos com os menores tornam-se circulares e extremamente cansativos, uma vez que não há qualquer possibilidade de uma conclusão razoável ou de que o menor entenda seu ponto de vista”. Dessa forma, o vínculo entre filho e genitor alienado resta totalmente cortado.

É nessa fase, denota Silva (2009, p. 77):

Que se implantam com mais facilidades as “falsas memórias”: as crenças improcedentes de eventos de agressão física e/ou molestação sexual que a criança passa a imputar ao genitor alienado, repetindo o tal relato a tantas pessoas, por vezes despreparadas ou desconhecedoras das circunstâncias, a ponto de registrar as informações como se a lembrança fosse verdadeira, chegando até mesmo a manifestar as mesmas reações psicossomáticas que uma criança verdadeiramente abusada.

Frisa-se que nesse estágio a criança se torna totalmente independente, visto que agora ela é capaz de empenhar sua própria campanha de hostilidades contra o genitor alienado e sua família, sem precisar de qualquer ajuda do outro genitor, havendo, portanto, alcançado a síndrome seu grau máximo (MADALENO; MADALENO, 2009, p. 47).

4.1.2. O agente alienador

A alienação parental pode ser operada tanto pela mãe quanto pelo pai, ou, ainda, por ambos os pais. “Essas manobras não se baseiam sobre o sexo, masculino ou feminino, mas sobre a estrutura da personalidade de um lado, e sobre a natureza da interação antes da separação do casal, do outro lado” (SILVA, 2009, p. 53).

Em que pese tal afirmação, é notório, consoante Dias (2010, p. 455-456), que esse fenômeno manifesta-se com maior frequência no ambiente da mãe, em razão de ser essa a mais indicada, tradicionalmente, para exercer a guarda dos filhos. Com a evolução dos papéis parentais, entretanto, o homem passou a participar mais do cotidiano dos filhos, reivindicando, quando ocorre a separação do casal, a regulamentação da guarda conjunta e das visitas ampliadas. Todavia, aquela mãe que não sabe lidar com o luto da separação, como mencionado no início deste capítulo, ao ver o interesse do pai em manter a convivência com a prole, quer vingar-se o afastando dos filhos.

O mesmo é o entendimento de Silva (2009, p. 53), que observa:

Muitas vezes é a mãe que quem dedica mais tempo às crianças, ainda mais se ela obtiver a guarda principal; se essa mãe decide empreender manobras de descrédito deliberado contra o pai, então ela tem todos os meios, tanto verbais (comentários de descrédito) como não verbais (teatralizações, atitudes). É por isso que o contexto fica, na maioria das vezes, desfavorável ao pai, que muitas vezes fica marginalizado, afastado, excluído da relação familiar.

A punição da maioria das mães alienadoras encontra dificuldades para ser aplicada, uma vez que para as mães construírem suas imagens de protetora, zelosa e que se sacrifica pelo filho para compensar o pai “omisso” e “ausente”, elas são, “de fato, boas mães, são carinhosas e afetivas, cuidam dos filhos, preocupam-se com seu bem-estar, estão atentas às suas necessidades etc” (SILVA, 2009, p. 54). Contudo, o problema consiste no fato que esses comportamentos encobrem as manobras de alienação parental.

Ressalta-se que, embora, em regra, a alienação parental seja praticada pelo genitor guardião, que na maioria das vezes é a mãe, o genitor não guardião, o qual geralmente é o pai, também pode instaurar a síndrome de alienação parental. Assim, a manipulação afetiva dos filhos ocorre durante as visitas, momento em que o não guardião pode influenciar os menores a irem morar com ele. Filhos que moravam com a mãe, desse modo, podem, repentinamente, pedir para irem residir com o pai. Então, esse ingressa com ação judicial de modificação de guarda. Nesses casos, o pai alienador, como forma de vingança contra a ex-cônjuge ou ex-companheira, pode convencer os filhos e a justiça que ocorreu uma conduta moral reprovável da mãe, como o uso de entorpecentes ou promiscuidade, ou negligência e maus-tratos nos cuidados dos infantes, ou, ainda, agressão física ou moral contra os menores, entre outras atitudes capazes de destruir a imagem da mãe (SILVA, 2009, p. 54). O alienador igualmente pode praticar a alienação contra o novo companheiro do guardião dos filhos (DIAS, 2010, p. 456).

A alienação parental pode ser praticada, de acordo com Silva (2009, p. 54-60), também por um terceiro, interessado na destruição familiar, como uma avó, uma tia, um amigo da família, os atuais parceiros da mãe ou do pai, enfim, por pessoas que se aproveitam da sua proximidade na relação entre pai e filho para infiltrar mensagens difamatórias a respeito do genitor alienado. A alienação pode ser feita diretamente na criança, ou indiretamente, induzindo um pai ou uma mãe a alienar o filho.

O inverso também pode ocorrer, ou seja, as vítimas da alienação podem ser os avós ou parentes próximos da criança, que o genitor alienador deseja impedir a continuidade do vínculo (DIAS, 2010, p. 456).

Quanto ao caso em que os avós são vítimas da alienação, inclusive, o Código Civil expressamente concedeu aos avós o direito de visitas, no artigo 1.589, parágrafo único, a fim de evitar o afastamento entre eles e seus netos.

Ainda, “existem familiares que até percebem as coisas erradas que o alienador fala e faz, mas sentem-se inibidos em aconselhá-lo a não agir dessa forma, ou mesmo em contrariá-lo, temendo serem os próximos alvos da fúria, da vingança ou mesmo do abandono do alienador” (SILVA, 2009, p. 60). Logo, esses parentes acabam se tornando cúmplices da conduta de alienação parental.

4.1.3. Detectando a síndrome de alienação parental no filho

Os estudiosos acreditam que as crianças vítimas da síndrome apresentam certos sintomas e comportamentos característicos. Consoante anteriormente abordado, a síndrome de alienação parental é uma combinação entre a programação de ódio feita pelo alienador e a participação da criança na depreciação do genitor alienado.

Logo, o primeiro sintoma da SAP, indicam Madaleno e Madaleno (2009, p. 42-43), consiste no envolvimento do menor na campanha do genitor alienante contra o outro, passando o filho “a assumir o papel de atacar o pai alienado, com injúrias, depreciações, agressões, interrupção da convivência e toda a sorte de desaprovações em relação ao alienado. Os menores passam a tratar seu progenitor como um estranho a quem devem odiar”. Para o genitor alienado, dizem os autores, “é um choque ver que seu próprio filho é quem lhe dirige as palavras de ódio antes escutadas do outro cônjuge, o que pode ocasionar, inclusive, diante da sensação de

impotência, o seu afastamento da criança – exatamente como quis e planejou o alienador”. No mais, os filhos alienados não demonstram culpa referente aos sentimentos e à exploração econômica do genitor alienado.

As ofensas proferidas pelo menor, em regra, são infundadas e inverídicas, ou então, quando reais, são exacerbadas e fora do contexto. Nota-se, assim, outro sintoma, “concernente nas explicações triviais para justificar a campanha de descrédito, em que os menores incorporam argumentos sem lógica para justificar o fato de não mais desejarem a companhia do genitor, composta por episódios passados, exageros ou ocorrências negativas [...]” (MADALENO; MADALENO, p. 43).

Outro fator de averiguação da instauração da síndrome consiste na ausência de ambivalência no ódio direcionado ao progenitor. Todo humano é ambivalente por natureza, ou seja, ele tem ideia de que nem tudo será sempre bom ou sempre ruim e que todas as situações têm dois lados, não havendo alguém absolutamente bom sem uma parte má. Entretanto, para o filho portador da SAP essa visão é inexistente (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 43).

O ódio demonstrado pelo filho em relação ao pai alienado é equiparado ao fanatismo terrorista, não existem brechas, não há espaço para diálogo ou concessões. De outro modo, o genitor alienador é visto como um indivíduo totalmente bom, imaculado e sem falhas, onde qualquer reprovação à sua conduta é prontamente refutada, em defesa visceral, como se fosse um ataque à sua própria pessoa, sendo o conflito entre os pais vivido pelos filhos, que, ao se aliarem a um dos progenitores, se transformam em guerreiros fiéis e cruéis (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 43).

Uma indispensável condição para caracterizar a Síndrome de Alienação Parental, bem como verificar a sua intensidade é autonomia de pensamento por parte da criança alienada, isto é, quando declara que seus atos de denegrir o genitor alienado é uma ideia de sua responsabilidade, sem interferência do outro genitor (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 44).

Consoante Denise Maria Perissini da Silva (2009, p. 71), “o fenômeno do pensador independente acontece quando a criança garante que ninguém disse aquilo a ela, nega que alguém a tenha induzido a falar daquele modo, afirma que seus sentimentos e verbalizações são autênticos”.

Outro modo de verificar a SAP consiste em observar, no diálogo do filho, a existência de “encenações, cenas e conversas que ele atribui como vivências suas, mas que ou eles nunca estiveram em determinado lugar ou soa incoerente com a sua idade” (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 44). Acerca disso, aponta Silva (2009, p. 71), que é a clássica

demonstração de implantação de falsas memórias: o filho menciona locais onde nunca foi ou que não esteve na data em que supostamente foi vítima de agressão física ou sexual. O menor, inclusive, não percebe as contradições e lacunas das narrações de molestação sexual.

Essa série de condutas que visam a excluir o progenitor alienado, sustentam Madaleno e Madaleno (2014, p. 44-45), não se limitam à figura do genitor, estendendo-se também a sua família. A alienação parental pode atingir avós, tios, primos, entre outras vítimas do desprezo e do ódio do menor.

4.1.4. Consequências e danos decorrentes da alienação parental

A forma que os pais enfrentam o fim da vida conjugal determina o modo como seus filhos se comportarão em suas próprias relações pessoais. Assim, aqueles pais maduros o suficiente para entender e aceitar a separação, retomando logo a rotina, provavelmente terão filhos que sofrerão menos. A ansiedade e a angústia dessas crianças tendem a desaparecer rápida e tranquilamente, segundo Madaleno e Madaleno (2014, p. 54).

Por outro lado, aqueles pais que não souberam superar seus conflitos, especialmente os que iniciam a prática característica de alienação parental, tendem a criar péssimas rotinas com seus filhos. Esses, então, ao vivenciarem “experiências ruins, mudanças imprevisíveis, ambiente instável e interrupções no seu processo normal de desenvolvimento, passam a ter uma visão distorcida do mundo, sendo frequente o medo de abandono [...], a ansiedade e, em especial, a angústia”, que podem causar diversas fobias na fase adulta (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 54).

Observa Podevyn (2001) que, para sobreviver, esses filhos tornam-se experientes em decifrar o ambiente emocional, aprendendo a manipular, a falar apenas uma parte da verdade e a exprimir falsas emoções. Acerca disso, denotam Madaleno e Madaleno (2014, p. 54) que “a criança afetada aprende a manipular e utilizar a adesão a determinadas pessoas como forma de ser valorizada, têm também uma tendência muito forte a repetir a mesma estratégia com as pessoas de suas posteriores relações”.

No caso específico dos filhos de pais separados que sofrem com a alienação parental, leciona Silva (2009, p. 78):

Em linhas gerais, é preciso considerar que os filhos em vias de se envolver na SAP são submetidos a um duplo constrangimento. Eles suportam o genitor alienador que se

apresenta sempre com vítima. Eles fazem-no ao mesmo tempo em que amam esse genitor, e ao mesmo em que salvam, sentem ou sabem que serão rejeitados se não o suportarem mais. O genitor alienador “paternaliza” os filhos ao elevá-los hierarquicamente ao mesmo nível que ele por um tempo, tanto que ele se apresenta como vítima e o único bom protetor os filhos. Em seguida, simultaneamente, seu procedimento é perverso, ele utiliza sua autoridade natural para incitar, por meio de não ditos, a criança a rejeitar o outro genitor. Ocorre que o desaparecimento dessa hierarquia natural causa uma confusão na criança. Ele é meio adulto, meio criança, e é o genitor alienador que distribui os papéis. De fato, é ele quem vai decidir pela criança o que ele deve ser e quando. De onde se instila o abuso de poder, com a necessidade do genitor alienador de centralizar e controlar todas as etapas e todas as relações se quiser manter esse equilíbrio. As relações dos filhos com o genitor alienado passam desse momento em diante ao crivo de sua boa vontade, mesmo se isso não é dito.

Consequentemente, o filho alienado acaba se tornando mais inseguro e dependente do genitor alienador, “incorporando em si as atitudes e objetivos do alienador, aliando-se a ele e fazendo desaparecer a ambiguidade de sentimentos em relação ao outro genitor [...]. Ocorre a completa exclusão do outro genitor, sem consciência, sem remorso, sem noção de realidade [...]” (SILVA, 2009, p. 79).

O fim do convívio com o progenitor alienado faz com que as crianças cresçam com um sentimento de ausência e vazio, além de perderem “todas as interações de aprendizagem, de apoio e de modelo” (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 54).

O filho “órfão de pai vivo” (DIAS, 2014, p. 455) tem gravemente danificado seu desenvolvimento e sua noção de autoconceito e autoestima, carências que podem gerar uma série de problemas psicológicos, como depressão crônica, desespero, angústia frequente, transtorno de identidade e incapacidade de adaptação e, em casos extremos, até suicídio! (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 54).

Nessa linha, dispõe Lenita Pacheco Lemos Duarte (2009) que:

Em geral, o desejo dos filhos é juntar os pais separados, e os sentimentos deles com relação aos genitores são os mais diversos possível. Quando o genitor alienador passa a destruir a imagem do outro perante os filhos, seja com comentários sutis, desagradáveis ou abertamente hostis, traz inseguranças e dúvidas para os filhos, que acabam, muitas vezes, precisando se calar, sufocando suas emoções e sentimentos com relação ao outro genitor amado, para não desagradar ou mesmo ferir o genitor com o qual residem e que os mantém sob seu controle, ou então passam a odiá-lo e rejeitá-lo, apresentando as mesmas falas e sentimentos do guardião alienador. No entanto, muitos conflitos decorrentes do que as crianças e os adolescentes ouvem e sentem permanecem recalçados, mas atuantes em suas subjetividades, e o que se verifica nesses casos é o aparecimento de diversos sintomas a curto, médio e longo prazo, quando se tornarem adultos.

No mais, relata Silva (2014, p. 77) que o menor passa a ter baixa tolerância à frustração, em virtude do alienador, “em sua ânsia de ser o universo” para o filho, tenta afastá-lo

de todas as dificuldades e sofrimentos, as quais poderiam ser enriquecedoras experiências. Desse modo, o filho acaba lidando com as adversidades seguindo o modelo patológico do alienador: “o que frustra deve ser excluído”. Logo, o filho alienado também tem propensão a desenvolver desvios de conduta, que se devem a seu “comportamento com baixa capacidade de suportar frustrações e de controlar seus impulsos, somado, ainda, à agressividade como único meio de resolver conflitos” (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 54).

Em sua obra, Madaleno e Madaleno (2014, p. 55) alertam também que a prática da alienação parental pode trazer consequências: físicas, como alterações no padrão do sono e da alimentação; acadêmicas, como falta de atenção e de concentração; e sociais, como o empobrecimento da interação social.

Sobre as consequências, explicam Rizzardo e Rizzardo (2013):

Conforme manifestações de juízes sobre a matéria, as crianças herdaram os sentimentos negativos que a mãe separada ou o pai separado sofre. É como se elas, as crianças, também tivessem sido traídas, abandonadas. Com isto, um ser inicialmente mais puro (criança) passa a refletir os sentimentos negativos herdados. Tende, em um primeiro momento, a se reprimir, a se esconder. Perde o foco na escola, depois se revolta, cria problemas na convivência ou no círculo de amizades. Com o tempo, passa a acreditar que o pai (ou mãe) afastado(a) é realmente o vilão que o guardião pintou. Sente-se diferente dos amigos, um ser excluído do mundo, rejeitado pelo próprio pai (ou mãe). A formação da criança passa a experimentar um vazio, uma frustração que não a ajudará no futuro.

Com o passar do tempo, a alienação parental pode acarretar ao filho um sentimento irremediável de culpa. Isso porque quando o filho cresce há uma grande possibilidade de conscientização acerca da realidade, descobrindo que aquilo que acreditava ter vivenciado foi uma mentira, “uma farsa de conveniência do alienador”. Percebe, então, que foi manipulado e usado como “marionete”, havendo cometido “uma terrível injustiça com o outro genitor por todas as acusações levianas que o alienador a induziu a relatar” (SILVA, 2009, p. 79).

O filho começa a “sentir ódio do alienador, pela manipulação e mentiras, pelo engodo... e remorso e um enorme sentimento de culpa por ter odiado o outro genitor sem ter tido motivos plausíveis para isso (tudo o que aconteceu foi por interesse do alienador, e não seu próprio)” (SILVA, 2009, p. 79). De acordo com Silva (2009, p. 79), “muitos filhos, ao perceberem que tudo o que vivenciaram foi por interesse do alienador, podem manifestar-se, até mesmo judicialmente, declarando que querem ir morar com o pai (alienado, até agora excluído), para tentar retomar o vínculo que havia sido destruído”. Contudo, informa a autora que, na maioria das vezes, o filho não consegue recuperar a relação destruída com o genitor alienado, seja

porque “ele já faleceu, ou mudou-se para outro local, perdeu o interesse em visitar o filho, desistiu das ações judiciais, ou tem uma nova família com outros interesses”. Assim como a alienação em si, o remorso pode causar depressão, inadaptação social e até suicídio.

Igualmente terríveis são as consequências e os danos sofridos pelo genitor alienado, que vivencia o afastamento do filho sem condições de evitar.

Programado pelo alienador a odiar seu outro genitor, o filho acaba deixando de manter vínculos afetivos com esse. Assim, destruída a relação com seu filho, o pai¹⁷ alienado fica desamparado e com propensão a sofrer de perturbações psíquicas, de ansiedade e de angústia, de mesmo modo que padecem os filhos.

Enfrentar a alienação parental e a sua consequente síndrome é frustrante e extremamente difícil (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 55). O pai alienado acaba se deixando abater pelo desgaste físico das tentativas frustradas de visitas e pelo desgaste emocional de “presenciar o próprio filho ofendendo-o e rejeitando-o” (SILVA, 2009, p. 110).

Especialistas no assunto alegam que a “sensação para o genitor vítima é pior do que a morte verdadeira de um filho”, pois a morte é um fato real, “sendo necessário esquecer e aceitar a dor”. Já com a “morte” do filho que continua vivo é diferente. “O genitor sabe que o tempo passará e não será possível fazer mais nada para reaproximação do filho e diante disso a dor da perda continuará eternamente” (JORGE; ALMEIDA, 2013).

No mais, combater a alienação parental traz ao genitor alienado gastos financeiros, principalmente despesas com processos e com profissionais de saúde mental para tratar o problema do filho, bem como, por vezes, traz uma sensação de impotência devido à morosidade e burocracia do Judiciário – “com o risco do próprio Judiciário ser um conivente passivo da alienação” (SILVA, 2009, p. 110). Isso porque, como explicam Madaleno e Madaleno, um profissional de psicologia ou psiquiatria chamado para estudar o caso pode ser “lubridado, num primeiro momento pelo genitor alienante – geralmente quando a SAP já está instalada no menor e este tem pensamento autônomo, podendo o alienador fazer o papel de conciliador perante as equipes multidisciplinares”.

¹⁷ Cumpre-se observar que ao longo do capítulo será usada, por vezes, a expressão “pai alienado” sem necessariamente estar se referindo à alienação da figura paterna. O genitor alienado pode ser, como visto, o pai, a mãe, a avó, o tio, ou qualquer parente da criança ou do adolescente. O uso do termo “pai” visa apenas evitar a repetição dos termos “genitor” e “progenitor”. Tal observação serve também para o uso da expressão “pai alienador”.

Em razão disso, o alienado, “que se vê impotente, e muitas vezes, com raiva e desgastado, acaba por se afastar do filho” (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 55).

Entre as formas de praticar a alienação parental, a falsa denúncia de abuso sexual ou de maus tratos acarreta, provavelmente, no pior dano ao pai que está sendo acusado. A psicóloga jurídica Andréa Calçada (2008, p. 75) descreve o pesadelo vivenciado por um pai falsamente acusado:

[...] você, pai ou mãe, após uma separação litigiosa, uma visitação ao filho dificultada, se vê envolvido como réu, sendo acusado de ter abusado sexualmente de seu filho ou filha sendo que você é inocente. A criança reproduz a fala do grande crime que você teria cometido. Você é imediatamente afastado dela como se um criminoso fosse, sem ter como se defender. Os primeiros contatos da criança foram com policiais ou profissionais mal preparados para este tipo de investigação [...]. A criança percebe que chamou atenção com o fato em questão e segue repetindo e acrescentando novos fatos ao relato original. A família se inflama, os profissionais se indignam frente ao monstro que você é. Muitos advogados, promotores e juízes também adotam essa postura. Você tem que provar que é inocente e a única prova existente é o relato da criança. Como você se sentiria? Desesperado. Sentindo-se se saída. Talvez até com vontade de se matar. Com raiva do mundo sem ter como descarregá-la. A depressão é um caminho.

Além da depressão, da humilhação e da destruição da imagem que um pai alienado acusado falsamente pode sofrer, tais denúncias de abuso sexual ou físico, consoante demonstrado, conseguem eliminar ou diminuir drasticamente as relações entre pais alienados e filhos também alienados, uma vez que as visitas acabam sendo suspensas enquanto se apuram as acusações. Desse modo, o pai, que já sofreu com a acusação mentirosa em si, passa a sofrer com a imposição de permanecer afastado do filho.

Portanto, considerando o abordado, torna-se evidente o imenso dano causado pelo genitor alienador a seu filho, bem como ao genitor alienado.

4.2. BREVE ANÁLISE DA LEI 12.318/2010

Consoante anteriormente mencionado, a alienação parental sempre foi exercida entre os casais em litígio, mesmo antes da definição de Richard Gardner acerca da Síndrome de Alienação Parental. Durante longo tempo, o Estado não deu a devida atenção a essa nefasta e covarde prática que destruiu diversas relações paterno-filiais.

A alienação parental trafegava “livremente no âmago das famílias brasileiras, sem que no passado a sua existência tivesse sido claramente identificada, e sem que seus males

tivessem sido igualmente identificados e em toda a sua extensão” (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 70-71).

Assim, a lei 12.318/2010 introduziu, tardiamente, na legislação nacional um método jurídico de combate à alienação parental, reconhecendo definitivamente a existência dessa “tormentosa chaga criada pela maldade humana” (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 70), assim como a necessidade de identificá-la para que seja evitada e de punir quem a pratica.

A Lei da Alienação Parental criou, de acordo com Madaleno e Madaleno (2014, p. 73), “mecanismos de ativo combate a qualquer tentativa ou movimento contrário e prejudicial aos melhores interesses da criança e do adolescente, especialmente quando essa ofensa surge de atitudes causadas pelo próprio genitor e seus familiares mais próximos”. Os pais, bem como os outros familiares, deveriam ser os primeiros a proteger as crianças e os adolescentes, pessoas vulneráveis e ainda em desenvolvimento, portanto, a conduta de um familiar do menor de alienação direcionada a outro ascendente é gravíssima, uma vez que deixa crianças e adolescentes “privados da sua mais cara, conexa e natural proteção”. Logo, verifica-se que a Lei 12.318/2010 procura defender o princípio da prioridade absoluta dos interesses fundamentais da criança ou adolescente, previsto no artigo 227 da Constituição Federal.

No mais, deve se ressaltar o “caráter pedagógico e educativo da lei, no sentido de conscientizar os pais e criar uma mentalidade que leva a erradicar a alienação parental, já que difícil provar casos de tal prática”, tendo em vista que os filhos geralmente sonegam as informações, dado o constrangimento que decorre da relação familiar (RIZZARDO, RIZZARDO; 2013).

Cabe observar, ainda, que a lei em análise não trata em momento algum a alienação parental como sendo uma síndrome, limitando-se a abordar a alienação como um processo criado por pais, consciente ou inconscientemente, que envolve uma campanha de difamação de um genitor, em regra o guardião, para afastar o outro genitor, normalmente o não guardião, do convívio com o filho em comum (BUOSI, 2012, p. 117).

Acontece que, como afirmam Madaleno e Madaleno (2014, p. 76), embora não haja a expressão síndrome na lei e a síndrome de alienação parental não esteja prevista na lista de enfermidades mentais da Organização Mundial da Saúde, psicólogos e psiquiatras vêm reconhecendo a existência da síndrome de alienação, em razão de constituir um somatório de sintomas e fatos que caracterizam uma doença.

Ultrapassada essa questão, faz-se necessário tratar de forma breve os artigos da Lei de Alienação Parental.

O artigo 1º da Lei 12.318/2010 prevê, obviamente, que: “Esta Lei dispõe sobre a alienação parental”. Segundo Madaleno e Madaleno (2014, p. 71), esse artigo “provoca importante efeito de dar visibilidade e compreensão à síndrome da alienação parental, definido na década de 1980 como um distúrbio infantil presente entre casais em litígio conjugal”.

O artigo 2º da referente Lei define o ato de alienação parental, dispondo:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Logo, compulsando o *caput* desse artigo, nota-se que o ato de alienação consiste em uma perversa interferência na formação psicológica da criança e do adolescente sempre tendo como objetivo o repúdio pelo menor da pessoa do outro genitor. A alienação pode ser promovida ou induzida por um dos genitores, ou mesmo por terceiros que estão próximos do menor, como os avós, tios, irmãos maiores e capazes ou pessoas que tenham a criança ou adolescente sobre sua autoridade por causa da guarda ou da vigilância (MADALENO; MADALENO, p. 81).

“O efeito perverso e ponto nevrálgico da alienação parental decorre do ato inconsciente de rejeição da criança ao progenitor alienado, provocando irreversíveis prejuízos às relações de contato e de convivência” do filho com o seu genitor alienado, cujas sadias comunicação e convivência constituem um imprescindível instrumento de manutenção da relação paterno-filial (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 81). Desse modo, um dos maiores desafios

dos tribunais consiste na garantia e manutenção da relação de convívio entre o genitor não guardião e seus filhos, diante das dificuldades causadas pelos pais (CARVALHO, 2011, p. 46).

O parágrafo único do artigo 2º da Lei 12.318/2010 exemplifica algumas hipóteses de alienação parental, restando claro que outros atos também podem caracterizar o exercício da alienação parental, atos esses que podem ser declarados pelo juiz ou constatados pela perícia. Os incisos do artigo em questão, os quais apresentam um rol de modos de exercer a alienação parental, tiveram como base, principalmente, aquilo discutido nos tópicos deste trabalho sobre o processo de alienação parental.

Acerca dos incisos, cabe destacar brevemente o ato de alienação consistente em dificultar o exercício da autoridade parental, que nos tópicos sobre o processo de alienação parental não se deu ênfase.

A separação dos pais, como abordado no primeiro capítulo deste trabalho, não deve interferir na autoridade parental. O genitor que deixar de conviver, devido à separação, diuturnamente com seus filhos terá, tanto no caso de guarda unilateral quanto guarda compartilhada, o direito e ao mesmo tempo o dever de conviver e de se comunicar com seus filhos (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 87).

Assim, enfatizam Madaleno e Madaleno (2014, p. 88) que:

O ascendente guardião tem o dever de facilitar e incentivar as relações do filho para com o outro progenitor, colaborando para que a interação entre eles ocorra de maneira mais ampla possível, tendo sempre como propósito assegurar os melhores interesses do infante. O progenitor não guardador tem o direito e o dever de vigilância sobre sua prole, pois não perdeu com a separação ou com o divórcio a faculdade de decidir sobre os assuntos relativos à educação, saúde e formação de seus filhos menores, como afirma o texto constitucional. Cumpre aos pais o dever de assistir e velar seus por seus filhos (art. 227 da CF). Vigilância que não reclama e nem tem espaço para uma atuação sufocante dos pais, porque isso representa limitar a liberdade de movimentos tão prejudicial à educação dos filhos, mas representada pelos cuidados compreendidos em um juízo ponderável de normalidade e de adequada informação, capazes de garantir a segurança da descendência direta.

Dessa forma, “a alienação parental encontra tráfego justamente na contramão do respeito ao direito de vigilância outorgado ao genitor não guardador, de participar das decisões próprias de um poder familiar, que não se desfez com a separação dos pais” (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 88).

O genitor alienador dificulta o exercício da autoridade parental do outro genitor quando desqualifica e desrespeita este, dizendo que tudo que o alienado faz é imprestável ou errado, assim como desprezando suas orientações. Desse modo, o alienador deixa o outro genitor

com o poder familiar somente no plano teórico, visto que, na realidade, não permite que o pai alienado se envolva na vida do filho, impedindo que ele participe das decisões que dizem respeito ao menor e, conseqüentemente, da construção da formação social, moral, cultural e intelectual do infante (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 88-89).

O artigo 3º da Lei de Alienação Parental, por sua vez, aduz que:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

O exercício de alienação parental fere o direito fundamental da criança e do adolescente de manter uma saudável convivência familiar. Os direitos fundamentais são aqueles indispensáveis à pessoa humana, sendo essenciais para uma existência digna, livre e igualitária, e o Estado não só precisa reconhecê-los por meio da Constituição Federal, como deve incorporá-los na vida do cidadão (PINHO, 2005, p. 67).

A Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil resguardam o princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes, os quais são pessoas vulneráveis e titulares de direitos fundamentais, especialmente no campo das relações jurídicas de Direito de Família (GAMA, 2008, p. 198). O direito fundamental da criança e do adolescente de ter uma saudável convivência familiar está, inclusive, expressamente disposto no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 3º do ECA, os quais impõem como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar e comunitária.

Assim, sustentam Madaleno e Madaleno (2014, p. 100) que a obstrução ou o impedimento de contato do filho com o progenitor, por meio das hipóteses indicadas no texto legal ou de outros atos, constitui um ato ilícito, cruel e covarde, descumprindo o genitor alienador os deveres inerentes à autoridade parental e ferindo direitos fundamentais do filho.

Em seguida, o artigo 4º da Lei 12.318/2010, prevê que:

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à

integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Para Madaleno e Madaleno (2014, p. 104) esse artigo é fundamental para um combate que seja capaz de impedir os atos de alienação parental que são detectados nas relações de filiação de casais em litígio, “sendo imprescindível, para o sucesso e preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, a ocorrência de uma rápida, segura e enérgica intervenção do Poder Judiciário quando alertado da existência de indícios de alienação parental”. Tais autores acreditam que o “ponto alto” dessa lei que combate a alienação parental “está na pronta ação e na informalidade da atuação do juiz, tão logo tenha ciência ou identifique possíveis sinais e movimentos destinados a excluir criança ou adolescente da vida e da convivência do progenitor destituído da guarda da prole” (2014, p. 105).

Entretanto, conforme apontam Madaleno e Madaleno (2014, p. 104), deve-se salientar que a má ou a não execução das determinações ordenadas pelo artigo 4º contribui “significativamente para uma proliferação da prática dos atos de alienação parental”, principalmente atos que se referem a denúncias falsas de abuso sexual, “como forma de cortar bruscamente, com o auxílio involuntário do Poder Judiciário, as visitas e o contato do progenitor”, acusado falsamente como abusador infantil.

Sobre o parágrafo único do artigo em questão, ressalta-se:

É direito fundamental do filho ainda incapaz a convivência com seus pais, antes que esse elo de amor e de afeto se perca pelo vazio causado por decisões judiciais que interrompam e afastem o progenitor falsamente acusado de abuso, apenas por decorrência de uma intensa e bem articulada verbalização de falsas alegações de abuso sexual, devendo o julgador, em conformidade com o parágrafo único art. 4º da Lei da Alienação Parental, garantir o mínimo de convivência ao genitor alienado, a não ser que tenha provas concretas ou lhe ateste profissional por ele designado para acompanhar as visitas, a existência de risco real à integridade física ou psicológica do menor (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 107).

As visitas mínimas previstas no parágrafo único do artigo 4º foram concebidas para conter os efeitos produzidos pelas falsas denúncias de abuso sexual, que antes levavam o Judiciário a interromper a convivência do acusado com a suposta vítima (GOMES, 2013, p. 87).

O artigo 5º da Lei de Alienação parental trata da perícia psicológica ou biopsicossocial que deve ser feita, quando necessário, para identificar a prática de alienação parental, uma vez que verificar a existência de atos alienadores não consiste em uma tarefa fácil. As maiores dificuldades surgem, principalmente, quando no estágio extremo da alienação começam a aparecer alegações de molestações sexuais ou abusos físicos do menos. Desse modo,

“essa empreitada deve ser delegada a quem tem conhecimento tecnológico e o magistrado precisa dessa auxílio técnico para compreender e interpretar os fatos que estão envolvidos no litígio”.

Aduz o artigo 5º da lei ora abordada que:

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Em sequência, o artigo 6º da Lei 12.318/2010 autoriza que o magistrado faça cessar os atos de alienação desde logo, ou, no mínimo, atenuar seus efeitos através de medidas judiciais declinadas nos incisos subsequentes ao dispositivo. Prevê esse artigo que:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar

As formas de punição estabelecidas nesse dispositivo podem ser aplicadas cumulativamente ou não, ou seja, “dependendo do caso e dos laudos periciais realizados, o juiz pode aplicar mais de uma punição ao genitor alienador” (AQUINO, 2014).

Leciona Aquino (2014) que para uma adequada aplicação e um resultado eficaz dessas medidas processuais, “é necessária uma análise pormenorizada do caso, levando em consideração o estágio em que se encontra a alienação parental, bem como a análise de cada mecanismo para melhor compreender a sua aplicação nos casos concretos”.

Nos casos em que a alienação se encontra em sua fase leve, o magistrado pode declarar a ocorrência de tal prática, advertindo o alienador das consequências que acarretam a alienação parental, principalmente à criança ou ao adolescente envolvido. Em alguns casos, pode ser suficiente essa medida, cessando a conduta alienadora. Caso não seja, podem-se aplicar as demais penalidades, como ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado com o intuito de ajudar a se reestabelecer a convivência do filho com o genitor não guardião. Tal medida deve ser tomada “antes que os efeitos da alienação parental se tornem piores e os vínculos parentais sejam desfeitos, já que em tal prática o alienador cria diversos obstáculos para o exercício de visitação entre o filho menor e o genitor vitimado” (AQUINO, 2014).

A medida processual que estipula uma multa ao alienador é um meio de constrangimento indireto, devendo o valor aplicado, como aduz Aquino (2014), “ser suficiente para que o alienador cumpra a obrigação estipulada pelo juízo. O valor da multa aplicada deve ser revertido não apenas em favor do genitor alienado, mas também em favor do menor que é o maior prejudicado com a alienação parental”.

Por sua vez, o acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial do genitor alienador é uma sanção que pode auxiliar na readequação de comportamento do alienador, uma vez que a alienação parental decorre de um desvio de conduta do genitor alienante (AQUINO, 2014).

A fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente pode ser feita, como aponta Aquino (2014), quando verificada que a “motivação do alienador com a mudança injustificada de endereço é privar o menor da convivência com o outro genitor”. Essa mudança abusiva pode levar ao afastamento dos parentes, dos amigos e de todos os contatos feitos pelo menor, podendo afetar o seu desenvolvimento sadio.

Por fim, “a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão e a suspensão da autoridade parental são os meios mais severos de punição” (AQUINO, 2014), devendo ser determinadas nos casos em que a alienação parental se encontra em estágios mais graves.

Destaca-se, nesse artigo, que qualquer uma das medidas judiciais sugeridas pelos incisos I a VII não impedem ação autônoma de indenização por perdas e danos. Essa previsão expressa na lei terá importante papel na discussão acerca da responsabilidade civil por alienação parental, a qual será abordada em seguida no presente trabalho.

O artigo 7º da referida lei, por seu turno, discute a possibilidade de alteração ou atribuição da guarda da criança ou do adolescente, dispondo que: “A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada”.

Os autores Madaleno e Madaleno (2014, p. 123) enfatizam que esse dispositivo dá espaço, mais uma vez, ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, visto que, caso seja imprescindível a alteração da guarda devido à alienação parental, o juiz, a fim de garantir o melhor interesse ao menor, segue o princípio precedente dessa criança ou adolescente vítima de alienação ser criada e educada no seio de sua família. Deve o magistrado, na apreciação do pedido, procurar sempre minorar as consequências decorrentes da alteração da guarda, logo, faz-se fundamental considerar o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade que o parente que será o novo guardião possui com o menor.

Acerca desse artigo, ainda cumpre-se aduzir que enquanto o inciso V do art. 6º da Lei da Alienação Parental sugere a imposição da guarda compartilhada, o art. 7º cogita a transferência da guarda para o outro genitor quando, presente a alienação parental, a guarda compartilhada é inviável. Afinal, “a guarda compartilhada dos filhos pode ser uma excelente alternativa empreendida no afã de evitar futuros conflitos provenientes de uma guarda exclusiva com a carga psicológica com a conotação de posse sobre o menor” (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 125).

O artigo 8º trata da competência para o exercício da jurisdição das ações fundadas em direito de convivência familiar. Prescreve o artigo que: “a alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial”.

Aduzem Madaleno e Madaleno (2014, p. 127) que, em regra, “a competência para o exercício da jurisdição das ações de interesse de menores é a do foro do domicílio do detentor de sua guarda”. Nessa direção aponta também a Súmula 383 do STJ¹⁸. Contudo, segundo os autores, a mudança de domicílio pode configurar um ato de alienação parental, que ocorre para dificultar o acesso do genitor não guardião ao filho alienado.

¹⁸ Súmula 383 do STJ: “A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda”.

Desse modo, o foro competente para o ajuizamento de uma ação autônoma de alienação parental será o do último domicílio do menor com seu representante legal antes da mudança, amenizando, ao menos em parte, o prejuízo acarretado pela dificuldade adicional de o genitor alienado precisar se deslocar para lugares geralmente distantes, e de difícil ou demorado deslocamento para um penoso exercício do direito de visitação, especialmente quando a ruptura do contato é o principal objetivo do reiterado esforço do alienador, como ainda o progenitor alienado teria o custo suplementar de precisar ajuizar ação de alienação no foro do novo domicílio escolhido como plano de fuga do progenitor alienador, com todos os previsíveis percalços de logística e de mobilização (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 128).

Os artigos 9º e 10º da Lei de Alienação Parental foram vetados, não havendo, assim, necessidade de discorrer acerca de ambos.

Por fim, o artigo 11, o último artigo da Lei 12.318/2010, dispõe que: “Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação”. A dispensa do prazo da *vacatio legis*, usualmente utilizada, deve-se ao fato de que a Lei de Alienação Parental já surgiu com extremo atraso, não havendo necessidade de um tempo de adaptação da nova legislação, tampouco motivos para que se postergasse o início do combate à nefasta prática de alienação parental (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 135).

Destaca-se que as ações anteriores ao sancionamento da Lei de Alienação Parental devem ser por essa atingidas, uma vez que a matéria relacionada à proteção do menor é de ordem pública e se trata de norma cogente, como lembra Buosi (2012, p. 148). Inclusive, a aplicação de medidas judiciais relacionadas à prática de alienação parental já ocorria pela jurisprudência nacional antes da promulgação da Lei ora em análise.

4.3. A RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Consoante defendido no segundo capítulo deste estudo, o instituto da responsabilidade civil pode e deve ser aplicado no âmbito do Direito de Família, uma vez que os valores constitucionais referentes à personalidade e à dignidade da pessoa humana precisam de respeito e proteção dentro das relações familiares, bem como em qualquer outra relação. Assim, aquele membro da família que tiver seus direitos fundamentais violados por outro membro merece ser reparado civilmente.

Posto isso, resta agora analisar a ocorrência da responsabilidade civil nas relações familiares que envolvem a prática da alienação parental.

Grande parte da doutrina sustenta, conforme já apontado, que a obrigação de indenizar, disposta no artigo 186 combinado com o artigo 927, do Código Civil, em razão de ser uma cláusula genérica, deve ocorrer sempre que presentes seus pressupostos, não havendo, portanto, necessidade de existir norma específica sobre reparação de danos entre integrantes da família para que nesse meio se aplique a responsabilidade civil. Logo, caso um genitor exerça a alienação parental contra seus filhos e seu ex-companheiro ou ex-cônjuge, a indenização pelos danos por ele causados é medida que se impõe, independentemente de legislação específica.

Nesse sentido, dispõe Marcos Duarte (2010) que:

O Código Civil a partir do artigo 927 prescreve o dever de reparar o prejuízo quem por ato ilícito causar dano a outrem; o artigo 186 reporta-se à ilicitude decorrente pela ação ou omissão voluntária de quem, pela negligência ou imprudência, causa dano material ou moral a outrem. A despeito das controvérsias sobre a extensão ou não dos efeitos da responsabilidade civil ao Direito de Família, o fato é que não vemos necessidade de norma específica para punir o alienador e impedir seu silencioso projeto de “morte inventada”. É dispensável a expressa previsão legal de uma reparação civil para as relações de família sendo a regra indenizatória genérica e que se projeta para todo o ordenamento jurídico e o dever de indenizar tem hierarquia e previsão constitucional. Nosso ordenamento já possui mecanismos eficazes bastando a boa vontade e o conhecimento por todos a quem o estado atribui a tarefa de efetivar a justiça.

No mais, como visto no tópico anterior, o artigo 6º da Lei de Alienação Parental não impede a propositura de ação autônoma de indenização por perdas e danos, prevendo tal dispositivo que o juiz poderá aplicar certas medidas judiciais, com o intuito de impedir a continuidade da alienação, sem detrimento de decorrente responsabilidade civil do alienador. Contudo, além dessa breve menção ao instituto, o referido texto legal não discorre expressamente acerca da responsabilidade civil do alienante, cabendo à doutrina aprofundar o assunto a partir desse dispositivo a fim de auxiliar o Judiciário quando este se deparar com ações indenizatórias que envolvam alienação parental, formando-se, assim, uma base teórica acerca do tema.

Diante disso, faz-se mister identificar os pressupostos da responsabilidade civil na conduta de alienação parental para que haja o dever do alienador de indenizar os ofendidos. Ou seja, para que seja imposta a obrigação de indenizar devem ser preenchidos, conforme anteriormente elencados neste trabalho, os requisitos da responsabilidade civil, sendo esses: a conduta do agente, que deve ser culposa apenas no caso de responsabilidade civil subjetiva; o dano, que pode ser moral ou material; e o nexo causal.

Sobre a conduta do genitor alienador, necessita-se verificar, como exposto no segundo capítulo, a ação ou a omissão do agente, a imputabilidade e a culpa.

Considera-se a conduta do alienador comissiva, uma vez que ele age constantemente para o filho odiar o genitor alienado, como uma espécie de vingança pela separação. A ação do genitor alienante envolvem diversas manobras, como dificultar comunicações, impedir visitas, inventar histórias, fazer ameaças, criar falsas memórias, denunciar falsos crimes praticados pelo alienado contra o menor, enfim, uma campanha ativa de difamação que acaba por destruir a relação afetiva existente entre pai e filho.

Quanto à imputabilidade do genitor que pratica alienação parental, questiona-se se esse agente é mentalmente são para que seja atribuída a ele a responsabilidade por seus atos. Conforme discutido anteriormente, a imputabilidade é configurada por condições pessoais que dão ao agente capacidade para responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever. Os elementos da imputabilidade são a maturidade e a sanidade mental. Logo, imputável é aquele que podia ter agido de outro modo, sendo “mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender o caráter de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 25-26).

Sendo assim, embora a prática de alienação parental possa ser considerada um desvio de comportamento do alienador, esse genitor não é um doente mental que não possui condições de entender o caráter de suas condutas e de responder pelas suas consequências. Então, certo que ao pai alienador pode ser imputada a responsabilidade pela prática de alienação parental.

Apenas será afastada a imputabilidade do alienador se restar comprovado que o mesmo é portador, realmente, de uma patologia mental séria, a qual faz com ele não tenha o menor discernimento de que suas atitudes poderão causar danos aos envolvidos (LAGRASTA, 2011).

Esclarecidas essas questões, cabe discutir acerca do elemento “culpa” na conduta do genitor alienador. No entanto, antes de adentrar especificamente no tema, alguns conceitos, tratados nos capítulos anteriores, devem ser brevemente recordados para uma melhor compreensão do assunto.

O primeiro conceito que deve ser lembrado é a culpa *lato sensu* (em sentido amplo), a qual é exigível para que haja a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, para que haja a obrigação de indenizar o agente do dano deve, ao praticar o ato ilícito, ter agido com culpa, seja

por ação ou omissão voluntária, ou por negligência ou imprudência, como previsto no artigo 186 do Código Civil (GONÇALVES, 2011, p. 314).

A culpa em sentido amplo compreende o dolo e a culpa *stricto sensu*. O primeiro consiste na lesão intencional de um direito de outrem, isto é, por uma ação ou omissão voluntária, como disposto no art. 186 do Código Civil, que acarreta em um dano planejado. O segundo decorre da falta de dever de cuidado, abrangendo a negligência, a imperícia ou a imprudência, do agente que não tinha a intenção de prejudicar terceiros, mas seu ato não cuidadoso acabou por violar o direito de outro, podendo causar um dano não planejado. A negligência é “a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento” (DINIZ, 2011, p. 58).

Outro conceito importante de ser revisto que diz respeito à responsabilidade civil é o abuso de direito, previsto no anteriormente citado artigo 187 do Código Civil. O abuso do direito ocorre quando o agente, apesar de atuar dentro das prerrogativas que o direito lhe concede, causa dano a outrem por deixar de considerar a finalidade social ou econômica do direito subjetivo, a boa-fé ou os bons costumes. Quem prejudica outrem, abusando de seu direito, comete ato ilícito e deve reparar o prejudicado, independentemente de ter agido com culpa ou não. Assim, o abuso de direito faz parte da responsabilidade civil objetiva.

Por fim, o conceito que também merece ser recordado é o de poder familiar ou autoridade parental. O poder familiar é um direito-dever que os pais possuem em relação a seus filhos de criá-los, educá-los, tê-los em sua companhia e guarda e dar-lhes assistência material e afetiva. O exercício desse poder, portanto, atribui aos pais um conjunto de direitos e deveres que tem por finalidade o melhor interesse da criança e o adolescente.

Em casos de pais separados, como ora se discute, o poder familiar continua sendo igual para ambos os genitores, os quais tem o dever de colaboração a fim de preservar o melhor interesse da criança, cabendo, se a guarda for unilateral, ao guardião educar e criar o filho com a vigilância do não-guardião.

Revistos tais conceitos, a partir disso pode se discorrer acerca do elemento “culpa” nas condutas de alienação parental.

No que se refere à culpa em relação à alienação parental que sofre o genitor alienado, verifica-se que o genitor alienante, o qual não consegue aceitar a separação, tem a clara intenção de ferir emocionalmente o ex-parceiro, como forma de vingança, praticando atos

alienadores que afastam o filho do alienado. Portanto, o alienante age com dolo, visto que intencionalmente procura lesar o outro genitor, tendo consciência da violação do direito de convivência familiar entre pai e filho e do dever jurídico decorrente do poder familiar de “facilitar e incentivar as relações do filho com o outro progenitor” (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 88).

O dolo faz parte da culpa *lato sensu*. Assim, a conduta do agente alienador frente ao outro genitor, o alienado, é culposa, enquadrando-se a situação na responsabilidade civil subjetiva e ensejando o dever de indenizar.

No que tange à alienação parental sofrida pelo filho, a conduta do genitor alienador, para parte dos estudiosos, é culposa, encaixando-se no artigo 186 do Código Civil, enquanto que para outra parte, não é necessário discutir acerca da existência ou não do elemento culpa, pois a prática da alienação parental constitui um abuso de direito decorrente do poder familiar e da guarda, encaixando-se, portanto, no artigo 187 do Código Civil. Alguns, ainda, levam em consideração ambos os artigos para justificar o dever de indenização do genitor que pratica a alienação parental e causa danos aos filhos.

O genitor que exerce a alienação parental contra o filho não tem a intenção de prejudicá-lo, apesar do resultado da alienação consistir em terríveis danos ao menor. O genitor alienador, como se comentou, realmente cuida e cria “bem” o filho, atendendo as suas necessidades e acreditando que o está protegendo (SILVA, 2009, p. 54). Assim, nessa situação, não há dolo do genitor alienante, que acredita que afastar o filho do pai não irá lesionar a pessoa da criança.

A alienação parental em relação à criança ou ao adolescente pode ser considerada, como apontam muitos autores, uma falta de dever de cuidado com a criação dos filhos, exteriorizada pela negligência do alienador, uma vez que esse não observa as normas que o ordenam a agir preservando o princípio do melhor interesse da criança, especialmente o direito do menor à convivência familiar, como a Constituição Federal (art. 227) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 4º) garantem. Desse modo, há a configuração de um ato ilícito por culpa em sentido estrito do alienador, como prevê o artigo 186 do Código Civil.

Esse é o entendimento de Fidomanzo (2006):

Muitas vezes, o sentimento de abandono que o filho sente quando o pai deixa a família é acrescido de um comportamento violento, e até vingativo da própria mãe, que conspira contra o ausente, buscando dificultar-lhe de todas as formas o acesso à prole, exercendo uma influência negativa na criança, capaz de levá-la a odiar o outro genitor sem

justificativa, levando-a ao que se convencionou chamar de síndrome de alienação parental. É neste aspecto que reside a gravidade da negligência materna que, atropelando o sagrado direito da criança previsto no ECA e garantido pela Constituição Federal, viola o direito do menor ao convívio familiar, ensejando uma justa indenização.

O ato de alienação parental também pode ser considerado um ato de abuso de direito, disposto no artigo 187 do Código Civil. Nesse caso, configura-se um abuso de direito do poder familiar do genitor guardião que excede os limites do fim social do seu direito, uma vez que finalidade do poder familiar do guardião é atribuir a esse a necessária autoridade para educar e oferecer assistência a seus filhos nos limites da guarda sem ferir direitos alheios.

Na obra de Madaleno e Madaleno (2014, p. 100) sustenta-se que “a alienação prejudica a realização de afeto nas relações com o genitor alienado e seu grupo familiar, constituindo-se em desprezível abuso do exercício da guarda ou de tutela”. O genitor que, em caso de separação, tiver o direito de guarda dos filhos é obrigado a adotar uma postura de colaboração na “conexão da prole com o outro genitor”, sendo manifestadamente contrário aos deveres parentais “valer-se do exercício da guarda para privar o filho” da companhia do genitor não guardião. Logo, lecionam esses autores (2014, p. 101) que:

Quando o ascendente guardião falta com essas obrigações inerentes ao poder familiar, cuja responsabilidade resta reforçada pela custódia unilateral dos filhos comuns, e com seu agir fere qualquer direito previsto no art. 227 da Constituição Federal, embaraçando com seu proceder o exercício da sadia convivência familiar, e assim realizando atos típicos de alienação parental, inquestionavelmente, esse genitor alienador abusa do seu direito de custódia, abusa do exercício do poder familiar e, como sabido, qualquer conduta frontalmente contrária aos melhores interesses da criança e do adolescente constituem abuso de um direito (art. 187 do CC), e se constituem em ato ilícito passível de ser financeiramente ressarcido.

Nota-se, portanto, que, independentemente de se optar pela aplicação do artigo 186 ou 187 do Código Civil, resta indiscutível que a conduta do genitor alienante constitui um ato ilícito que, conforme o artigo 927, também do referido diploma, enseja ao agente que praticou a alienação o dever de reparação quando causar dano a outrem.

Para reforçar essa ideia que o artigo 3º da Lei de Alienação Parental deixou expresso que a prática de ato de alienação parental fere direitos fundamentais da criança, configurando, portanto, em um ato ilícito. Logo, incontestável que quem o comete deve reparar quem sofreu danos por sua causa.

Por sua vez, o dano, segundo e fundamental pressuposto da responsabilidade civil, que é causado pelo alienador, pode ser moral ou material, sofrendo tanto o filho quanto o genitor,

ou, ainda, outros parentes, como avós, tios ou irmãos mais velhos. De acordo com os autores Rolf Madaleno e Ana Carolina Madaleno (2014, p. 118), “a indenização por dano moral ou material é admitida pelo ordenamento jurídico e tem especial referência na Lei da Alienação Parental, diante dos notórios prejuízos de ordem moral e material causados pela propositada e injustificada alienação dos filhos ao outro progenitor”.

Quando estudadas as consequências da alienação parental, claras foram as demonstrações de que essa prática causa danos graves e, muitas vezes, irreversíveis ao genitor e ao filho, ambos alienados. A maioria das consequências está vinculada ao íntimo das vítimas, como angústia, depressão e a dor profunda pela quebra do vínculo paterno-filial, causada pela alienação parental praticada pelo outro genitor. No caso do genitor alienado, ainda, há a humilhação e a destruição de sua imagem por ser investigado por crimes sexuais que nunca ocorreram.

Em que pese a natural vinculação desses sofrimentos psicológicos com o dano moral, salienta-se que os sofrimentos, as perturbações psíquicas e as dores experimentadas, tanto pelo genitor alienado quanto pelo o filho, são as consequências e não as causas do dano. Como tratado no capítulo anterior, o dano moral consiste, na verdade, na lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, etc., devendo aquele que causou o dano indenizar o lesionado, como se infere nos artigos 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal (GONÇALVES, 2011, p. 377).

Sendo assim, uma vez que a alienação parental põe fim à relação afetiva existente entre genitor e filho, produzindo “inquestionáveis danos ao desenvolvimento da personalidade do menor em formação” (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 102), o dano moral sofrido pelo filho decorre da lesão dos seus direitos de personalidade, especialmente o direito à convivência familiar, a qual é fundamental ao seu desenvolvimento sadio e constitucionalmente garantido à criança e ao adolescente no artigo 227 da Carta Magna.

Acerca disso, afirma Fortunato (2013) que a criança ou o adolescente tem direito a “conviver com sua família, e ter uma vida saudável, incluindo uma vida psicológica também saudável, tendo um bom relacionamento com ambos os genitores e suas famílias. Tal convivência é de suma importância e fundamental para um bom desenvolvimento emocional e psicológico”.

Nesse sentido, também aponta Rossato (2011, p. 165):

O direito à convivência familiar tem fundamento na necessidade de proteção a crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento, e que imprescindem de valores éticos,

morais e cívicos, para complementarem a sua jornada em busca da vida adulta. Os laços familiares têm o condão de manter crianças e adolescentes amparados emocionalmente, para que possam livre e felizmente trilhar o caminho da estruturação de sua personalidade.

Denotam Madaleno e Madaleno (2014, p. 100) que a alienação parental é um ato cruel, violento e covardemente opressor, cujas consequências violam “o princípio da proteção integral do menor – disposto no art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente – e o direito fundamental à dignidade, cláusula pétrea da Constituição” (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 55). Viola-se, assim, o direito ao afeto do filho, intrinsecamente previsto na Lei Magna e decorrente do direito à dignidade e do direito à convivência familiar.

Isso posto, pode-se afirmar que, além do direito constitucional de convivência familiar, restam feridos os direitos fundamentais do menor à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, bem como o direito de não sofrer violência, opressão, negligência ou crueldade, sendo todos esses direitos amparados pela Constituição Federal. Assim, as lesões desses direitos, que acarretaram em dor e sofrimento, configuram o dano moral, ensejando a obrigação de indenizar o filho alienado.

Esse filho, portanto, poderá ingressar com ação civil de reparação de danos quando atingir a maioridade¹⁹, momento em que terá capacidade civil absoluta e maior discernimento para compreender o jogo de manipulações o qual foi envolvido, bem como as verdadeiras causas de suas angústias e dores decorrentes da falta de relação afetiva com seu pai ou sua mãe que forçadamente foi afastado de seu convívio.

Na outra ponta está o genitor alienado, o qual também merece indenização por danos morais, “seja pela imagem denegrida ou pela restrição de conviver com o filho, como ainda pela perda de afetividade do filho” (FERREIRA, 2012).

O direito de ter o filho em sua companhia, de criá-lo e de educá-lo, mesmo em caso de pais não guardiões, são direitos constitucionalmente protegidos que fazem parte dos direitos de personalidade da figura materna e paterna, como dispõe a Lei Maior, no artigo 229. O Código Civil também ampara esses direitos fundamentais do genitor não guardião nos artigos 1.589 e 1.634, protegendo seu direito de visitas, de ter seus filhos em sua companhia e de fiscalizar sua educação e manutenção.

¹⁹ Alguns estudiosos, como a advogada Tammy Fortunato (2013), defendem a possibilidade do filho propor ação ainda quando menor de idade, sendo representado por seu genitor alienado, o qual ainda possui o poder familiar após a separação.

No mais, impedir o pai ou uma mãe de conviver com seu filho constitui uma afronta ao seu direito à liberdade, visto que o genitor não pode livremente conviver com sua prole (BAPTISTA, 2000, p. 46).

A violação da imagem e da honra do genitor, certamente destruídas pelas denúncias falsas de abuso sexual ou maus tratos, também consiste em uma ofensa ao direito de personalidade do alienado, havendo a Constituição Federal, inclusive, deixado claro, no artigo 5º, incisos V e X, que tais danos cometidos concedem ao ofendido o direito de indenização.

Assim, indiscutível que, insultados todos esses direitos, bem como violado o direito à dignidade, que consequentemente resta ofendido, o genitor alienado deve ser compensado pelos danos morais que vier a sofrer.

Como se discutiu no capítulo anterior, a indenização por danos morais tem uma tríplice natureza. O mesmo ocorre no caso da indenização por danos morais imposta ao genitor alienador. Essa terá um caráter compensatório, já que as vítimas, geralmente pai e filho, sempre carregarão consigo sofrimentos e dores profundas que nunca serão completamente reparadas, sendo, então, compensadas de alguma forma. Também, terá um caráter punitivo, visto que procura penalizar por meio de uma sanção pecuniária aquele que, por interesse próprio e sem motivos justificáveis, usa seu filho como instrumento de ódio direcionado ao outro genitor, mentindo e manipulando. E, por fim, terá um caráter preventivo e pedagógico, uma vez que a indenização por danos morais servirá para demonstrar à sociedade as consequências jurídicas que um genitor que pratica atos de alienação parental terá que enfrentar, transformando-se em um meio de evitar o surgimento de novos casos de alienação parental.

Observa-se, ainda, que os danos morais, tanto os sofridos pelo filho quanto os sofridos pelo genitor alienado, são difíceis de serem mensurados, em razão da dificuldade de mensurar o “valor da dor, do tempo em que as partes não tiveram contato, e mesmo tendo contato, do tempo gasto tentando quebrar um paradigma imposto à criança/adolescente” (FORTUNATO, 2013).

A valoração dos danos morais em uma ação de responsabilidade civil por alienação parental pode atingir quantias bem altas, visto os drásticos danos que as vítimas sofrem. Assim, o caráter preventivo e pedagógico torna-se o mais importante nesse tipo de ações, tendo em vista que a obrigação de reparar o dano causado pela alienação reflete em toda a sociedade, especialmente nos núcleos familiares, que, advertidos quanto às sanções econômicas impostas ao

alienador na ação de indenização, deixariam de praticar atos alienadores. A ação indenizatória seria, então, outro instrumento de combater a alienação parental, talvez mais eficiente que os métodos judiciais previstos na Lei 12.318/2010, principalmente as multas, em razão de atingir o “bolso” do alienador de forma mais drástica.

Além do dano moral, lembra-se que pai alienado pode sofrer danos materiais, que derivam de diversas despesas realizadas, como por exemplo: gastos despendidos com advogados e despesas processuais resultantes de ações promovidas para acessar ao filho alienado; gastos com psicólogos ou psiquiatras procurados para atender ao menor vítima da alienação; e gastos com deslocamentos geográficos em virtude de abusiva mudança de domicílio do filho e do guardião alienador, o qual visa a dificultar às visitas (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 118).

O requisito final da responsabilidade civil que deve ser analisado se refere ao nexo de causalidade. Como em todas as outras condutas que ensejam reparação, para que o agente alienador seja obrigado a indenizar as vítimas de alienação, deve se comprovar que os direitos violados e os danos sofridos por filho e por genitor alienado decorrem da conduta de alienação parental praticada pelo outro genitor. Os danos reclamam a demonstração do nexo causal entre a atitude do alienante e os prejuízos do menor e do outro progenitor (LAURIA, 2002, p. 117).

Sendo assim, o nexo de causalidade é evidente, uma vez que o alienador é o responsável pelo dano experimentado tanto pelo filho quanto pelo pai alienado.

Nota-se não ser fácil provar, nas ações que envolvem alienação parental, que os danos sofridos por genitor e filho foram causados por atitudes alienantes ou mesmo que a alienação parental ocorreu. Em regra, muitos danos somente aparecem após um tempo, momento em que, provavelmente, o agente alienador, já havendo atingido seu objetivo de programar o ódio na criança, não necessita continuar a exercer a alienação parental. Essa dificuldade é o que frequentemente se vê nos processos em trâmite no judiciário brasileiro.

Em que pese as ações judiciais que discutem a ocorrência da alienação parental, ainda não há acórdãos proferidos nos Tribunais de Justiça dos maiores estados no Brasil impondo ao agente alienador a obrigação de indenizar as vítimas pelos danos causados. Além de o tema haver sido recentemente normatizado, há a dificuldade, como se observou, de comprovar que a alienação parental ocorreu. Esse é o caso da decisão do Tribunal de Minas Gerais em ação de indenização por danos morais decorrente da prática da alienação parental:

APELAÇÃO - DANOS MORAIS - OFENSAS - CONVÍVIO COM O FILHO - NÃO DEMONSTRAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA.

A evidente desavença entre as partes sobre o filho menor que possuem em comum não gera responsabilidade civil indenizável para quaisquer delas, se não restam demonstradas as alegações de que a mãe dificulta o convívio do pai com o filho, bem como de existência de ofensas à integridade física e moral proferida por um deles ao outro. (TJ-MG, Relator: Tiago Pinto, Data de Julgamento: 07/02/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 15ª CÂMARA CÍVEL)

Portanto, em virtude do genitor alienado e do filho nem sempre conseguirem sozinhos comprovarem que foram vítimas de alienação parental, para ser possível provar a ocorrência do ato e, conseqüentemente, o nexo de causalidade com os danos, cabe ao Judiciário auxiliá-los. Devem, assim, o magistrado e a suas equipes de apoio melhor se prepararem, obtendo, por exemplo, maiores informações sobre o problema e aprimorando suas técnicas de perícia, especialmente no que diz respeito aos estudos sociais e psicológicos realizados nos processos judiciais (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 55).

Sendo assim, caso comprovada a prática de alienação parental nos processos de separação do casal ou nas ações autônomas que visam combater a conduta por meio das medidas previstas na Lei 12.318/2010, as ações de responsabilidade civil que posteriormente vierem a ser propostas terão, provavelmente, maiores chances de serem bem sucedidas.

Contudo, não obstante tais considerações, no que tange à responsabilidade civil imposta ao genitor alienante devido aos danos causados aos filhos alienados, reconhece-se que o vínculo forte criado entre filho alienado e genitor alienante, conforme explicado ao longo do capítulo, é uma barreira para que essas ações venham a ocorrer. Por mais que o filho perceba que sofreu a alienação parental e compreenda que os danos morais que sofreu foram causados por tal conduta, dificilmente ele conseguirá ingressar com uma ação de responsabilidade civil contra o genitor que, apesar de tudo, “esteve sempre ao seu lado”.

No mais, caso ultrapassada essa barreira, cumpre-se salientar que, ainda assim, deve haver uma ponderação entre a busca pela reparação dos danos causados e a possível ruptura de outro laço familiar que a propositura dessa ação pode vir a acarretar, uma vez que o filho criará um litígio judicial contra o próprio genitor. Em que pese a necessidade de haver a imposição do dever de indenizar ao genitor alienante, o Direito de Família sempre tentará proteger os laços familiares o máximo possível. Logo, em relação ao filho alienado, consoante Flávio Guimarães Lauria (2002), a ação de responsabilidade civil deve ser a medida adotada

quando, instalada a alienação parental, os danos por essa causados se tornarem extremamente difíceis de serem reparados por outros meios judiciais.

Sendo assim, visto os empecilhos que envolvem a propositura de ações indenizatórias por parte do filho vítima, as ações de responsabilidade civil propostas pelo genitor alienado contra o genitor alienante assumem papel fundamental no combate à alienação parental. O genitor alienado não encontra os mesmos obstáculos que dificultam o ingresso das ações pelos filhos, visto que, não havendo mais vínculo afetivo com o genitor alienador, não há o receio de romper algum laço familiar tampouco o constrangimento de propor uma ação de indenização contra o alienante.

Conclui-se, desse modo, que o genitor que consegue eliminar o convívio sadio de seu filho com o outro genitor, almejando prejudicar este e ter o filho somente para si, causa danos morais ao filho e ao genitor alienado, e, por vezes, danos materiais também ao segundo. Logo, esgotados os meios disponíveis de evitar a instauração da alienação parental e preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, imprescindível que o dever de indenizar alcance essas relações familiares, procurando compensar de forma mais justa possível as vítimas da alienação, assim como enfraquecer tal prática de modo mais efetivo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da exposição descritiva e argumentativa dos capítulos anteriores, pode-se confirmar que, caso preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, aquele que pratica a alienação parental contra seu filho e contra seu ex-parceiro(a), genitor do menor, deve ser civilmente responsabilizado pelos danos, tanto morais quanto materiais, causados a ambas as vítimas, tornando a obrigação de indenizar em um método jurídico, o qual é pedagógico e preventivo, de combate à alienação parental.

Especificamente, restou demonstrado que:

1. em virtude do processo de constitucionalização das relações de direito privado, o Direito de Família também passou a ser amplamente encontrado na Constituição Federal, expandindo a tutela do Estado no âmbito familiar a fim de garantir maior proteção à família, considerada o núcleo base da sociedade;

2. com a constitucionalização do Direito de Família, importantes princípios constitucionais passaram a nortear as normas que cuidam da família, devendo ser respeitados em quaisquer relações familiares;

3. há princípios constitucionais gerais, aplicados em todos os ramos do Direito, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do melhor interesse da criança e do adolescente. Também há princípios constitucionais específicos do Direito de Família, como os princípios da solidariedade familiar, da afetividade e da convivência familiar. Todos esses princípios constitucionais foram absorvidos pelo Código Civil e serviram de base ao Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme se abordou ao longo do primeiro capítulo;

4. os princípios constitucionais aplicados no Direito de Família tornaram o tradicional “pátrio-poder” exercido pelo pai em um “poder familiar” exercido igualmente por pai e mãe, independentemente da situação. Tal poder é, na verdade, um encargo imposto por lei aos pais a fim de assegurar o melhor interesse do filho, sendo, por isso, atualmente chamado de autoridade parental. É um direito-dever dos pais em relação a seus filhos que obriga os genitores a criarem e a educarem sua prole protegendo sempre seus direitos fundamentais, consoante preveem a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, atribuindo a ambos os pais o dever de assistência material e moral;

6. decorrente do direito à convivência familiar e do exercício do poder familiar, há a discussão acerca da guarda dos filhos quando ocorre a separação de um casal. Há pouco tempo, o Código Civil sofreu uma importante alteração, passando a priorizar a guarda compartilhada em detrimento da guarda unilateral, devendo o magistrado preferencialmente determinar a guarda compartilhada nos processos de separação do casal;

7. a guarda compartilhada permite a participação mais efetiva de ambos os genitores na criação dos filhos, assegurando uma maior convivência familiar entre filho e pais e, conseqüentemente, atendendo ao melhor interesse da criança ou do adolescente. Quando inviável a guarda compartilhada, a guarda unilateral deve ser determinada pelo juiz, sendo conferida ao genitor que revele melhores condições de exercê-la, segundo o art. 1.583, § 2º, do Código Civil;

8. quando determinada a guarda unilateral, ao pai guardião cabe a criação e educação direta dos filhos e ao pai não guardião resta o direito de fiscalizar a manutenção e educação dos filhos, bem como o direito de visitas, de acordo com o art. 1.589 do Código Civil;

9. a fixação de visitas, além de ser um direito do genitor não guardião, é, acima de tudo, um direito do filho de conviver com seus pais após a separação, em razão de ser fundamental ao desenvolvimento da criança manter a convivência com eles, bem como com todos os membros de sua família, podendo o direito de visitas se estender a outros parentes que possuam fortes vínculos afetivos com a criança ou o adolescente. Pode-se dizer, assim, que o direito de visitas é um dever parental imposto ao genitor não guardião, visando atenuar a perda da convivência diuturna entre esse e seu filho. Logo, atribui-se ao genitor guardião o dever de garantir que as visitas ocorram;

10. sobre a responsabilidade civil, essa é definida como a aplicação de medidas judiciais que obrigam uma pessoa a reparar outra pelo dano, moral ou material, que a esta causou.

11. a responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva. Na primeira forma, deve restar caracterizada a culpa na conduta do agente causador do dano para que haja a reparação civil. Já na segunda, a reparação civil deve ser imposta ao agente causador do dano mesmo que sua conduta não seja culposa;

12. os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva podem ser definidos a partir da análise do artigo 186 e do artigo 927, ambos do Código Civil, os quais determinam que a pessoa que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem comete ato ilícito, ficando obrigado a reparar o dano sofrido pela vítima. Desse

modo, os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva são: a conduta culposa, o nexo de causalidade e o dano;

13. na responsabilidade civil subjetiva, a conduta é exteriorizada por uma ação ou por uma omissão, eivada de culpa, do agente que ao violar o direito alheio e causar dano a outrem comete um ato ilícito. A culpa exigida na conduta do agente para que haja a reparação do dano pode ser dividida em dolo e em culpa em sentido estrito. O dolo é caracterizado pela violação intencional do dever jurídico de não lesar outrem por parte do ofensor, havendo consciência da ilicitude de seu ato. A culpa em sentido estrito, por sua vez, decorre da falta de dever de cuidado, exteriorizada pela imprudência, pela negligência ou pela imperícia do agente causador do dano;

14. para que se exija do agente o dever de reparar o dano, deve restar comprovado o liame de causalidade entre sua conduta e o dano causado. Para a configuração do nexo causal, portanto, o dano sofrido pela vítima deve haver ocorrido em razão da conduta culposa do agente;

15. o último requisito da responsabilidade civil é o dano, ou seja, para que exista a obrigação de indenizar deve haver um dano sofrido. O dano é a diminuição ou subtração de um bem jurídico da vítima, patrimonial ou extrapatrimonial. Assim, o dano causado pela conduta do ofensor pode ser dividido em dano material e dano moral;

16. o dano material, ou patrimonial, alcança os bens que formam o patrimônio da vítima, compreendendo aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar;

17. embora a comum vinculação do dano moral com as reações psíquicas da vítima, observa-se que a dor, o vexame e o sofrimento que lesado sofre são consequências da ofensa à dignidade da pessoa humana, e não causas do dano moral. O dano moral consiste na lesão aos bens que integram os direitos de personalidade da vítima, sendo a sua reparação prevista na Constituição Federal, no artigo 5º, incisos V e X. Esse dano abrange a violação do direito à dignidade da pessoa, englobando o direito à intimidade, à honra e à imagem, e a violação de direitos da personalidade indiretamente ligados à dignidade, como a reputação.

18. por ser um dano que não é concreto, o dano moral é muitas vezes difícil de ser provado e quantificado. Conforme a doutrina, comprovado o fato ofensivo aos direitos de personalidade, resta comprovado o dano moral, devendo o juiz estipular um valor a título de indenização de acordo com o caso concreto, visto que não há uma tabela prévia para sua fixação;

19. a reparação pecuniária do dano moral possui um caráter triplo: punitivo, compensatório/satisfatório e preventivo/pedagógico. Punitivo, pois a obrigação de indenizar

constitui uma sanção imposta ao ofensor que visa à diminuição de seu patrimônio em prol da vítima. Compensatório/satisfatória, pois não há como reparar completamente o dano moral sofrido pelo ofendido. Assim, a condenação em dinheiro constitui uma forma de oferecer à vítima uma compensação material que amenize a amargura da ofensa moral sofrida. Preventivo/pedagógico, pois a indenização imposta ao ofensor reflete em toda a sociedade, que é coibida a praticar atos que causem danos morais a terceiros;

20. já sobre a responsabilidade civil objetiva, cumpre-se apontar o abuso de direito. O artigo 187 do Código Civil conjugado com o artigo 927, do mesmo diploma, estabelecem que o abuso de direito consiste em um ato ilícito que enseja o dever de reparação, quando o agente, apesar de dentro das prerrogativas que o direito lhe concede, excede os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, causando dano a outrem. Logo, mesmo que a conduta não seja culposa há o dever de indenizar;

21. o instituto da responsabilidade civil deve ser aplicado dentro da seara familiar. A obrigação de indenizar, prevista no artigo 186 combinado com o artigo 927, ambos do Código Civil, é uma cláusula genérica, devendo ser reconhecida sempre que presentes seus pressupostos. Logo, a conduta praticada por um membro da família que causar dano a outro membro será caracterizada como ato ilícito, ensejando o dever de indenizar, mesmo que não haja disposição específica no Direito de Família acerca da reparação de danos dentro das relações familiares;

22. uma vez que o Direito de Família busca a valorização da pessoa e a proteção de sua dignidade humana, não há como permitir que pessoas sofram violações a seus direitos de personalidade e, conseqüentemente, danos morais, causados por membros de suas próprias famílias, fazendo-se fundamental a aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares.

23. nos casos de alienação parental, portanto, não há como ser diferente;

24. a alienação parental decorre dos efeitos traumáticos acarretados pela separação do casal. O genitor que não consegue desenvolver adequadamente o luto da separação inicia um processo de destruição e de desmoralização do outro parceiro, usando os filhos do casal como armas. O genitor amargurado, como forma de vingança, toma uma série de condutas as quais têm por finalidade impedir a relação afetiva do outro genitor com os filhos. Essa prática que visa prejudicar o relacionamento e a convivência entre pai e filho dá-se o nome de alienação parental;

25. da alienação parental decorre a síndrome da alienação parental, que consiste nas sequelas emocionais e comportamentais que sofrem os filhos vítimas dessa prática, os quais passam a rejeitar e a odiar o genitor alienado, contribuindo com seus próprios insultos;

26. o processo de alienação parental desenvolvido por um genitor consiste em uma campanha de destruição da imagem do outro genitor, que envolve ameaças, mentiras, xingamentos e, até mesmo, denúncias falsas de maus tratos ou de abuso sexual, a fim de eliminar o vínculo afetivo entre o filho do casal e o pai alienado;

27. em geral, a alienação parental é realizada pelo genitor guardião, todavia o genitor não guardião e outros parentes próximos ao filho também podem ser os alienadores;

28. a prática da alienação parental acarreta em diversas consequências negativas ao filho e ao genitor alienados, que deixam de manter uma convivência sadia;

29. o filho que perdeu a relação com seu pai cresce com um sentimento de ausência, tornando-se frustrado, depressivo, inseguro e agressivo, bem como desenvolvendo problemas biológicos e sociais. No mais, o menor, descobrindo a manipulação que sofreu, passa a lidar com o peso da culpa. O genitor que sofreu a alienação, por sua vez, diante do ódio que seu filho acaba sentindo em relação a ele, vivencia a depressão, a frustração e a dor da morte do filho vivo, além da humilhação e da destruição de imagem que a prática alienante pode vir a causar;

30. tal grave conduta, que sempre ocorreu no âmbito familiar, foi tardiamente reconhecida pela legislação nacional com o advento da Lei n. 12.318/2010, a qual criou mecanismos jurídicos, preventivos e sancionatórios, de combate à alienação parental;

31. a Lei da Alienação Parental, no artigo 6º, embora mencione a possibilidade de responsabilização civil do alienador, não aprofunda o assunto, contudo se mostrou essencial que se aborde de forma minuciosa o assunto a fim de se criar uma base teórica capaz de auxiliar o Judiciário frente às ações indenizatórias que envolvam a alienação parental;

32. restando claro que a responsabilidade civil prevista no artigo 927 do Código Civil é uma cláusula genérica, podendo ser aplicada no Direito de Família, não há necessidade de norma específica para condenar o alienador a reparar os danos sofridos pelos alienados. Assim, preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, a obrigação de indenizar é medida que se impõe ao genitor alienador;

33. sobre os pressupostos especificamente, verificou-se que a conduta do alienador é dolosa em relação ao genitor alienado, visto que há a intenção clara de violar o direito constitucional de convivência familiar do pai com o filho e de causar danos a este genitor;

34. em relação ao filho, a conduta pode ser considerada culposa em virtude da falta de dever de cuidado do alienador, o qual age com negligência ao não preservar o direito de convivência do menor com ambos os genitores, violando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, previsto na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, há a configuração de um ato ilícito eivado de culpa, como prevê o artigo 186 do Código Civil. Por outro lado, a prática da alienação parental também pode ser considerada um abuso do direito de guarda e do poder familiar do alienador, enquadrando-se a conduta no ato ilícito previsto no artigo 187, do Código Civil;

35. quanto aos danos sofridos pelas vítimas alienantes, comprovou-se que, devido à alienação parental eliminar a relação afetiva entre genitor e filho, o dano moral decorre da lesão dos direitos de personalidade de ambas as vítimas, principalmente do direito constitucional de convivência familiar e do direito de visitas, mas também dos direitos à dignidade, à liberdade, à imagem, à honra e ao respeito, sendo os sofrimentos psíquicos das vítimas as consequências do dano moral. O dano material também pode ser sofrido pelo genitor alienado, decorrente de despesas relacionadas a gastos processuais, de deslocamentos e com psicólogos;

36. visto isso, restou-se indiscutível que o genitor alienador, sendo responsável pelos danos experimentados pelo filho e pelo genitor alienado, deve ser obrigado a reparar tais danos por meio da aplicação da responsabilidade civil, como em outras esferas do Direito;

37. em que pese o uso da expressão “reparar”, no caso de danos morais decorrentes da alienação parental, a indenização terá, na verdade, um caráter compensatório, uma vez que não há como reparar completamente os danos sofridos pelas vítimas. A indenização também terá, igualmente aos outros tipos, um caráter punitivo, sancionando pecuniariamente o alienador. Por derradeiro, terá um caráter preventivo e pedagógico, o qual é o mais importante, visto que a obrigação de indenizar os alienados alertará a sociedade acerca das sanções severas impostas ao alienador em sede de responsabilidade civil, coibindo a prática de alienação parental por parte de outros pais ou parentes em seus núcleos familiares;

38. a obrigação de indenizar imposta ao alienador pode se tornar um método mais eficiente de combate à alienação parental que os métodos previstos na Lei 12.318/2010;

39. no entanto, ainda não há acórdãos nos Tribunais de Justiça dos maiores estados do país impondo ao alienador o dever de indenizar as vítimas que sofreram danos decorrentes da alienação parental, isso porque o tema foi recentemente normatizado e há a dificuldade de comprovar a ocorrência da alienação.

Evidente, portanto, que o genitor alienador deve indenizar o genitor alienado e o filho de ambos pelos danos que esses sofreram decorrentes da conduta de alienação parental, visto que tal prática é um ato ilícito que preenche os pressupostos da responsabilidade civil. Com a aplicação do instituto da responsabilidade civil nesses casos, a obrigação de indenizar, possivelmente, tornar-se-á um método preventivo e pedagógico de combater a alienação parental.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil no direito de família. In: AUGUSTIN, Sérgio (Coord.). **Dano Moral e sua quantificação**. 4. ed. rev. e amp. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2007. p. 301-313

AQUINO, Vivianne Batista de. Síndrome da alienação parental e a aplicação da Lei nº 12.318/10. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3967, 12 maio 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27938>>. Acesso em: 16 nov. 2014

BAPTISTA, Sílvio Neves. Guarda e direito de visita. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 5. p. 36-50, abr-jun. 2000

_____. **Guarda Compartilhada**. Recife: Bagaço, 2008.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Elos, 1961

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Editora Método, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 out. 2014.

_____. LEI Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 08 out. 2014.

_____. LEI Nº10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 08 ago. 2014.

_____. LEI Nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, julgado em 24 abr. 2012. DJ 10 mai. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 847.597/SC. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, 3.^a Turma, julgado em 06.03.2008. DJ 01.04.2008.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 10145110203950001. Relator: Desembargador Tiago Pinto, Câmaras Cíveis Isoladas/15^a Câmara Cível, julgado em 07 fev. 2013. DJ 18 fev. 2013.

_____. TV Justiça do. **Direito de Família e Sucessões - Responsabilidade Civil no Direito de Família - Patrícia Fontanella (6 vídeos) - Saber Direito**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=25328.31492&seo=1>>. Acesso em: 06 nov. 2014.

BRUNO, Denise Duarte. Direito de Visita: direito de convivência. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de família e psicanálise**. São Paulo: Imago, 2003. p. 311-324.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação Parental. Uma interface do Direito e da Psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012.

CALÇADA, Andréa. **Falsas acusações de abuso sexual e a implantação de falsas memórias**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral. **Revista Brasileira de Direito da Família**. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 28, p. 5-25, fev-mar. 2005.

CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de. **A (síndrome de) alienação parental e o exercício das responsabilidades parentais: Algumas considerações**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Síndrome da Alienação Parental: o que é isso?** 2006. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/home-artigos-sindrome-da-alienacao-parental-alienacao-parental.dept>>. Acesso em: 11 nov. 2014

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O problema da liquidação do dano moral e o dos critérios para a fixação do “quantum” indenizatório. In: **Atualidades Jurídicas 2**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **Danos psíquicos da alienação parental no litígio familiar**. AMDJUS. 2009. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/civil/147.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2014

DUARTE, Marcos. **A morte inventada por mentes perigosas**. O Povo online. 2010. Disponível em: <<http://blog.opovo.com.br/direitoeinformacao/a-morte-inventada-por-mentes-perigosas/>>. Acesso em: 16 nov. 2014

FAVARETTO, Cícero. **A tríplice função do dano moral**. Jus Brasil. 2014. Disponível em: <<http://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos/113638468/a-triplice-funcao-do-dano-moral>>. Acesso em: 05 nov 2014.

FERREIRA, Victor Lucian Dantas. **A Alienação parental face a responsabilidade civil**. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aliena%C3%A7%C3%A3o-parental-face-responsabilidade-civil>>. Acesso em: 16 nov. 2014

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da alienação parental**. 2006, Disponível em: <<http://www.pediatrasiapaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2014

FORTUNATO, Tammy. **Responsabilidade Civil em Casos de Alienação Parental**. OAB Santa Catarina. 2013. Disponível em: <<http://www.oab-sc.org.br/artigos/responsabilidade-civil-em-casos-alienacao-parental/730>>. Acesso em: 15 nov. 2014

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GALHARDO, Maria Paula Gouvêa. Da destituição do pátrio poder e dever alimentar. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 42, p. 41-53, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 101-132.

_____. **Direito de família brasileiro**. Introdução: Abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JORGE, Alan de Matos; ALMEIDA, Eliane de Oliveira. Síndrome da alienação parental e o direito brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12714&revista_caderno=14>. Acesso em 20 nov 2014.

LAGRASTA, Caetano. **O que é a síndrome da Alienação Parental**. Consultor Jurídico. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-17/guardar-ou-alienar-sindrome-alienacao-parental>>. Acesso em: 13 nov. 2014

LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: RT, 1997.

_____. O direito (não sagrado) de visita. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (coords). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 90-91.

LISBOA, Roberto Senise. **Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Compartilhando a guarda no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do IV Congresso de Direito de Família**. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 591-602.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: Fundamento do direito das obrigações**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança”: de teoria à prática. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 6, p. 31-49, jul.-set. 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PODEVYN, François. **Síndrome de Alienação Parental**. ONG APASE. Associação de pais e mães separados. Traduzido por Apase – Associação de Pais e Mães Separados. 2001. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2014

RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine A. **Guarda dos filhos e alienação parental**. Arnaldo Rizzardo e Porto Advogados Associados. Disponível em: <<http://www.rizzarroadvogados.com.br/artigos/guarda-dos-filhos-e-alienacao-parental.html>>. Acesso em: 16 nov. 2014

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** .V. 4. São Paulo: Saraiva, 1975

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e síndrome da alienação parental: o que é isso?** Campinas: Armazém do Ipê, 2009.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil, v. 5: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Método, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 32, p. 138-158, out.-nov. 2005.

_____; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 26, p. 18-34, out.-nov. 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2014

WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

WITZEL, Ana Claudia Paes. Aspectos gerais da responsabilidade civil no direito de família. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12958>. Acesso em 05 nov 2014.